Erfüllung durch Eingehen einer Verbindlichkeit.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen,

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Ewald Mühleneisen
aus Bocholt i. Westf.

Approbiert am 14. Juli 1930.

Druck von Friedr. Schmücker, Löningen i. O.

30:293

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Dr. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Allgemeines. 7

§ 2. Der Begriff der römiſch-rechtlichen solutio und der Stand der Lehre des Erfüllungsbegriffes nach dem BGB. 8

§ 3. Das Verhältnis zwiſchen Erfüllung, Leiſtung an Erfüllungsſtatt im allgemeinen und Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit im beſonderen. 10

§ 4. Iſt die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt Novation? 15

§ 5. Abgrenzung der Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit gegenüber der datio solutionis causa. 20

§ 6. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Verbindlichkeit, die an Erfüllungsſtatt eingegangen wird. 24

§ 7. Das Eingehen einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt ohne gültiges Schuldverhältnis. 27

§ 8. § 817 BGB. unter beſonderer Berückſichtigung des Satzes 2. 32

§ 9. Einzelne Fälle der Begründung einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt, insbeſondere das Verhältnis des § 607, Abſ. 2 zur Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit. 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0037

Erfüllung durch Eingehen einer Verbindlichkeit.

§ 1.
Einleitung. Allgemeines.

Durch Leiſtung des geſchuldeten Gegenſtandes an den Gläubiger wird der Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit befreit. Nicht immer iſt der Schuldner in der Lage, den Gläubiger gerade durch die Leiſtung des geſchuldeten Gegenſtandes zu befriedigen. Aber er hat vielleicht einen wirtſchaftlich aequivalenten Gegenſtand, der für den Gläubiger ein Erſatz des geſchuldeten ſein kann. Oft wird der Gläubiger geneigt ſein, einen anderen Gegenſtand anſtatt des geſchuldeten an Erfüllungsſtatt anzunehmen. Ein Kaufmann hat z. B. eine Reſtforderung gegen einen landwirtſchaftlichen Pächter aus dem Verkaufe eines Anzuges. Der Landwirt iſt verſchuldet und kann nicht zahlen. Eine Zwangsvollſtreckung bei ihm erſcheint ausſichtslos. Der Landwirt iſt jedoch bereit, anſtatt des Kaufpreiſes Naturalien, Eier, Butter, Speck uſw. zu leiſten. Damit wird der Kaufmann einverſtanden ſein, weil dieſe Gegenſtände, die er in ſeinem Haushalte nötig hat, ein Äquivalent für ſeine Forderung ſind. Oder, ein Kaufmann S. ſchuldet einem anderen G. einen Betrag von Mk. 1000.—. Anſtatt Zahlung zu leiſten, ſtellt der S. dem G. ein Wechſelakzept in Höhe dieſer Summe aus, und G. nimmt den Wechſel als Zahlung an. Leiſtet in dem erſten Beiſpiel der Landwirt im Einverſtändnis mit dem Kaufmann die Naturalien ſtatt des Kaufpreiſes, ſo liegt eine Annahme an Erfüllungsſtatt vor. Das Schuldverhältnis erliſcht gemäß § 364, Abſ. 1. Daß in dem zweiten Beiſpiel auch eine Annahme an Erfüllungsſtatt zu erblicken iſt, folgt aus dem § 364, Abſ. 2.

In dieſen beiden Fällen weiſt der Tatbeſtand, der das Erlöſchen des Schuldverhältniſſes herbeiführt, eine Veränderung gegenüber dem Tatbeſtande auf, der nach dem Inhalte des Vertrages das Erlöſchen des Schuldverhältniſſes bewirken ſollte, indem etwas anderes als das Geſchuldete geleiſtet wird. Aber untereinander ſind die Fälle verſchieden. In dem erſten werden Sachen anſtatt der geſchuldeten Forderung hingegeben, in dem zweiten geht der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers eine Verbindlichkeit ein, und zwar eine Wechſelverbindlichkeit.

Gegenſtand der Unterſuchung ſoll der Tatbeſtand ſein, durch den das Erlöſchen des Schuldverhältniſſes dadurch bewirkt wird, daß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers eine neue Verbindlichkeit eingegangen wird. Um eine klare rechtliche Charakterisierung des Begriffes und des Weſens dieſes Tatbeſtandes zu ſchaffen, erſcheint es ratſam, dieſen Begriff ſcharf gegen die Tatbeſtände, wo das Geſchuldete geleiſtet wird, und dem, wo eine Sache anſtatt des Geſchuldeten angenommen wird, abzugrenzen. Vorausſetzung iſt, daß wenigſtens kurz dieſe Tatbeſtände geſtreift werden, ſoweit ſie zur Klärung dienen können. Zuerſt iſt deswegen der allgemeine Erfüllungsbegriff herauszuheben.

§ 2.

Der Begriff der römisch-rechtlichen solutio und der Stand der Lehre des Erfüllungsbegriffes nach dem BGB.

Im römiſchen Recht bedeutet die solutio urſprünglich die Befreiung von der Obligation ſchlechthin. [1]) Wie im älteſten Recht neben dem Verpflichtungsgeſchäft ein rechtsförmliches Haftungsgeſchäft zu der rechtlich wirkſamen Schuldverbindlichkeit erforderlich war, [2]) ſo war auch zur Aufhebung derſelben ein Doppeltes notwendig, das Leiſtungs- und das Enthaftungsgeſchäft. Das letztere war der contrarius actus des die Haftung begründenden Geſchäftes. [3]) Durch dieſen contrarius actus wurde die „Löſung“ (solutio) herbeigeführt. Ziemlich früh bildete ſich ein engerer Begriff der solutio heraus, der nur die Akte umfaßte, die begriffsmäßig ein Erlöſchen der Obligation bewirken. An Stelle der Wirkung wurde jetzt die Urſache solutio genannt. Die solutio wurde als die übliche Tilgungsart betrachtet. [4]) Es galten die Sätze:

„solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit“ (Ulp. 1. 176 D. d. V. 8. 50, 16)

„prout quidque contractum est, ita et solvi debet“ (1.80 D. de solut. 46,3) und

„tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur“ (pr. I. quib. mod. obl. toll. III. 29)

Damit nahm die solutio in dieſem engeren Sinne „den Charakter eines formellen, dem Obligationsbegründungsakte korreſpondierenden, zweiſeitigen Rechtsgeſchäfts“ an. [5])

---

[1]) Vgl. beſ. Kretſchmar, S. 4; Enneccerus, Bd. I, 2, § 283.

[2]) Sohm, S. 468.

[3]) Sohm, S. 591 und Kuntze, S. 157.

[4]) Kretſchmar, a. a. O.,

[5]) Kretſchmar, S. 4.

Auf diesem Solutionsbegriff baut die im gemeinen Recht herrschende Vertragstheorie, die von der Notwendigkeit eines Erfüllungsvertrages ausgeht, auf. [6])

Der Erfüllungsbegriff in der modernen Rechtslehre ist heiß umstritten. Die einen betrachten in der Erfüllung nichts als einen tatsächlichen Vorgang. Unabhängig von dem Willen der Leistenden fordern sie nur, daß eine objektive Beziehung zwischen Leistung und Verpflichtung vorhanden ist. Erfüllung ist für sie allein die Verwirklichung des Obligationsinhaltes. [7]) Oertmann [8]) und Pfersche [9]) sehen in der Erfüllung die reale Tatsache der Zweckerledigung durch den Leistungsakt. Hamburger [10]) behauptet außerdem, daß zur Schuldtilgung der animus solvendi erforderlich sei. Darunter versteht er nur eine allgemeine Willensrichtung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Manche legen den animus solvendi auch in einem einseitigen rechtsgeschäftlichen Sinne aus. [11]) Auf der anderen Seite gibt es zahlreiche Ansichten, welche die Erfüllung für einen von dem Leistungsgeschäfte zu trennenden, besonderen Vertrag halten. [12])

Die herrschende Lehre [13]) nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Sie will den Rechtscharakter der Erfüllung von der jeweiligen Leistungshandlung abhängig machen. Bald faßt sie die Erfüllung als Vertrag, bald als einseitiges Rechtsgeschäft und bald als tatsächliche Handlung auf. Auf die Würdigung der einzelnen Theorien näher einzugehen, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit.

---

[6]) Vgl. Windscheid, Pand. § 342, Anm. 3a; Savigny, III, S. 312; Struckmann, in Jherings-Jahrb., Bd.XV, S. 253; Römer, S. 1 ff.

[7]) Lenel, in Jherings-Jahrb. Bd. XIX, S. 229. Vgl. Kretschmar, S. 133; Böhmer, S. 34; Landsberg, I, S. 356; Fromm, S. 24; Madsack, S. 34; Ihrke, S. 49, Kohler, II, S. 185; Warneyer, Anm. I, zu § 362; Planck, Erläuterung II b zu § 362.

[8]) Oertmann, S. 369.

[9]) Pfersche, S. 100.

[10]) Hamburger, S. 33.

[11]) Vgl. Dernburg, § 113; Manigk, Willenserklärung, S. 405, 728; Magraf, S. 59 und zahlreiche andere.

[12]) Vgl. Endemann, § 141, 2; v. Tuhr, S. 83 ff.; Klein, Die Natur der causa solvendi, S. 45 ff.; Lent, S. 10 ff.; Schöninger, S. 91; Ballauf, S. 41 und Du Chesne, in Gruch. Beitr., Bd. 67, S. 156 ff.

[13]) Staudinger, Vorbem. II zu § 362; Enneccerus, I, 2 § 382 I, 1; R.G.R.K., Anm. 2 zu § 362; Cosack, § 160, II; Matthias, S. 416; Crome, System II, S. 233; Rehbein, II, S. 277, Ziff. 13; Poser, S. 53.

§ 3.

Das Verhältnis zwischen Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt im allgemeinen und Leistung an Erfüllungsstatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit im besonderen.

Zunächst soll Gegenstand der Untersuchung sein, wodurch sich der Erfüllungstatbestand von dem Tatbestand unterscheidet, durch den das Schuldverhältnis erlischt, wenn etwas anderes als das Geschuldete geleistet wird, insbesondere, wenn zwecks Befriedigung des Gläubigers eine neue Verbindlichkeit eingegangen wird. Wie nötig es war, auf die verschiedenen Theorien des Erfüllungsbegriffes einzugehen, erhellt, wenn man z. B. die Ansichten Planck's und Kretschmar's darüber liest, wodurch sich die Erfüllung von der Annahme an Erfüllungsstatt (datio in solutum) [1]) unterscheidet. Denn sie werden erst verständlich, wenn man sich vor Augen hält, daß beide in der Erfüllung die Verwirklichung des Obligationsinhalts, unabhängig von einem bestimmten, auf die Erfüllung gerichteten Willen, sehen. So sagt Planck, [2]) die datio in solutum unterscheide sich von der Erfüllung dadurch, daß der Gläubiger die Leistung nicht zu fordern habe. Ihre schuldtilgende Wirkung sei deshalb anders als die der Erfüllung keine bloße Tatbestandswirkung, sondern Willenswirkung. Ähnlich führt Kretschmar [3]) aus, die datio in solutum sei nicht solutio, sondern bloße satisfactio. [4]) Bei der datio in solutum könne die tilgende Kraft der Leistung nicht, wie bei der Erfüllung, daraus abgeleitet werden, daß sie den Obligationsinhalt konkretisiere. Es müsse der Wille des Gläubigers hinzutreten, um dem Liberationsgeschäft die Richtung auf diese bestimmte Obligation zu verleihen, sodaß die erforderliche Mitwirkung des Gläubigers nicht nur für das Leistungsgeschäft, sondern auch für die Tilgungswirkung von konstitutiver Bedeutung sei. Sohm [5]) leugnet dagegen einen Unterschied und behauptet, die datio in solutum sei eine bestimmte Art der Erfüllung. Hingegen wendet Staudinger ein, die Leistung an Erfüllungsstatt sei nicht eine Art der Erfüllung, sondern „ein Erfüllungs-

---

[1]) Gebräuchlich sind auch die Ausdrücke „Hingabe an Erfüllungsstatt oder an Zahlungsstatt" (Pr.A.L.R. z. B. Angabe an Zahlungsstatt.) Die Fassung „Annahme an Erfüllungsstatt" verdient ihnen gegenüber den Vorzug, weil Annahme auf die erforderliche Zustimmung des Gläubigers hinweist und weil der Begriff Zahlung nicht alle Fälle der Erfüllung umfaßt.

[2]) Planck, Bd. II, 1. H., § 364, Anm. I.

[3]) Kretschmar, S. 32, 51, 42.

[4]) So auch Staudinger, Bd. II, 1. Teil, Anm. 1 zu § 364.

[5]) Sohm, Inst. S. 598.

surrogat". [6]) Schöninger [7]) bezeichnet die Leistung an Erfüllungsstatt als der normalen Erfüllung durchaus gleichwertigen Leistungsakt. Der Unterschied von der richtigen Erfüllung liege nur in der Beziehung zum Inhalt des Schuldverhältnisses, das erfüllt werde. Es werde nicht die geschuldete Leistung bewirkt, sondern eine andere, die auf Grund der Zustimmung des Gläubigers die Wirkung habe, das Schuldverhältnis trotzdem zu tilgen. M. E. ist folgendes dazu zu sagen. Sieht man von den Meinungsverschiedenheiten, die über die rechtliche Natur des Erfüllungsbegriffes herrschen, ab, so kann man den Begriff der Erfüllung im weitesten Sinne als „die Tilgung der Schuld durch Bewirken der geschuldeten Leistung" fassen. [8]) Macht es nun einen Unterschied, ob die Tilgung durch einen nach dem ursprünglichen Inhalte der Obligation nicht geschuldeten Gegenstand herbeigeführt wird? Sicher läßt sich zunächst feststellen, daß die solutio und Annahme als Erfüllung eine satisfactio ist. [9]) Aber ist die Annahme an Erfüllungsstatt bloße satisfactio, wie Kretschmar annimmt? [10]) Kretschmar gibt zu, [11]) daß die datio in solutum zwar in gleicher Weise, wie die Erfüllung, Schuldtilgung durch Befriedigung des Gläubigers sei. Nach ihm besteht darin nur ein Unterschied, daß einmal die Befriedigung des Gläubigers durch die obligationsmäßig geschuldete, das andere Mal durch eine andere Leistung erreicht wird. Stellt man sich auf den Standpunkt Kretschmars, daß die Erfüllung Verwirklichung des Obligationsinhalts ist, so ist dieser von ihm behauptete Unterschied von Bedeutung; denn nach ihm ist die Erfüllung Tatbestandswirkung, und die Liberationswirkung der datio in solutum eine Folge des Parteiwillens. Folgt man der Theorie Kretschmars hinsichtlich des Erfüllungsbegriffes nicht, so fällt dieser Unterschied. Nach § 364 BGB. erlischt das Schuldverhältnis durch Annahme eines Gegenstandes an Erfüllungsstatt, insbesondere auch durch Übernahme einer Verbindlichkeit, ebenso wie durch Erfüllung. Stellt man also fest, daß die Wirkung der datio in solutum dieselbe ist, wie die der Erfüllung, [12]) daß sie die Schuld schlechthin tilgt, [13]) daß andererseits ein Unterschied nicht festzustellen ist, so bestehen m. E. keine Bedenken, die Annahme an Erfüllungsstatt als eine Art der Erfüllung zu betrachten. Sie ist in Wirklichkeit Erfüllung, und

---

[6]) Vgl. auch Soergel, Erl. I, zu § 364; Weyl, Vorträge, 1. Bd., S. 374; Crome, System Bd. II, S. 262; Berndorff, S. 21; v. Gierke, Bd. III, S. 153.

[7]) Schöninger, S. 89.

[8]) Enneccerus, I, 2 § 283.

[9]) Vgl. Siber, röm. R., S. 270, der unter satisfactio einen allgemeinen Ausdruck für Befriedigung versteht; Hruza, S. 148 sieht nur die materielle Befriedigung als satisfactio an.

[10]) Kretschmar, S. 51.

[11]) Kretschmar, S. 32.

[12]) Oertmann, II, 1 Anm. I zu § 364; Colack I, S. 358.

[13]) Dernburg, 1. Abt., § 118 II.

zwar Erfüllung durch ein Erfatzmittel.[14]) Für das bürgerliche Recht wird diese Annahme dadurch unterstützt, daß im zweiten Buch, 3. Abschnitt des BGB. die Tatbestände, die das Erlöschen der Schuldverhältnisse bewirken, in besonderen Titeln aufgeführt sind, daß die Annahme an Erfüllungsstatt jedoch unter dem Titel Erfüllung steht.

Beachtlich ist Leonhards[15]) Auffassung, daß in der datio in solutum die Abänderung der ursprünglichen Obligation und zugleich wirkliche Erfüllung der abgeänderten obligatio liege.

Während, wie oben erörtert, hinsichtlich des Erfüllungsbegriffes Zweifel bestehen können, ob die Erfüllung tatsächliche Handlung, ob sie einseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag usw. ist, treten diese Bedenken da nicht zutage, wo der Gläubiger durch eine andere als die geschuldete Leistung befriedigt wird. Hierzu ist unbedingt die Zustimmung[16]) des Gläubigers erforderlich, da „aliud pro alio invito creditore solvi non potest". Die datio in solutum bedarf eines auf Schuldtilgung gerichteten Willens sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners.[17]) Der Schuldner muß den an sich nicht geschuldeten Gegenstand, durch den er den Gläubiger befriedigen will, anbieten und der Gläubiger muß ihn als Erfüllung annehmen. Die Annahme an Erfüllungsstatt ist also ein Vertrag.[18]) Streitig ist, ob dieser Vertrag ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher ist. Stam-

---

[14]) Vgl. R.G.R.K. I. Bd., Anm. I zu § 364.
Gierke, (Bd. III, S. 153) dagegen behauptet (vgl. auch Zitate oben), daß bei der Übernahme an Erfüllungsstatt die bewirkte Leistung nicht als Erfüllung, sondern als Erfatz der Erfüllung gelten soll. Seine Meinung unterscheidet sich von der oben erwähnten dadurch, daß er die Erfatzfunktion der neu vereinbarten Leistung als entscheidendes Moment für seine Ansicht betrachtet. Zu beachten ist jedoch, daß die „geschuldete Leistung" letzten Endes deshalb geschuldet wird und den Gläubiger befriedigt, weil die Parteien es gewollt haben. Bei der Annahme an Erfüllungsstatt beruht die tilgende Wirkung der Leistung ebenfalls darauf, daß die Parteien es wollen. Untersucht man vollends, wann noch geschuldete Leistung und wann Leistung durch Erfatzmittel, die der Zustimmung des Gläubigers bedarf, vorliegt, so findet man, daß oft die Grenzen verwischt sind. Zwischen beiden besteht oft nur ein gradueller Unterschied, insofern der Grad der Verschiedenheit des Leistungsgegenstandes dafür entscheidend ist, ob noch Annahme als Erfüllung oder Annahme an Erfüllungsstatt vorliegt. (Vgl. Berndorff, S. 17; v. Gierke, III, S. 153., N. 48).

[15]) Leonhard, I. Bd., S. 595.

[16]) Kreß, S. 454; Leonhard, I. Bd., S. 593; Cosack, I. Bd. S. 357.

[17]) Vgl. Planck, II, 1. Anm. 1 zu § 364.

[18]) Vgl. Staudinger, II 1, Anm. I, 1 zu § 364; Soergel, Erl. I zu § 364; Goldmann, Bd. I, S. 410; Stammler, S. 299; Heck, S. 178; Matthias, I. Bd., S. 420; Tietze, S. 50; Endemann I. Bd. § 142, 1.; R.G.R.K. I. Bd., Anm. 1 zu § 364.

pe [19]) und Endemann [20]) weisen darauf hin, daß die Folge der Gleichstellung der Rechtswirkung aus § 365 BGB. die sei, daß der Schenkungsschuldner aus der Leistung an Erfüllungsstatt schärfer hafte als für die Mängel des ursprünglichen Schuldgegenstandes. Daraus schließt Oertmann, [21]) daß es nicht richtig sei, daß die herrschende Lehre ohne weiteres einen entgeltlichen Vertrag annimmt. Die datio in solutum sei ein bloßes „Hilfsgeschäft", ebenso wie die Erfüllung. Der Charakter des Hilfsgeschäftes müsse aus dem des abzuwickelnden Hauptgeschäftes ermittelt werden. Handele es sich um ein entgeltliches Hauptgeschäft, so sei auch die datio in solutum ein entgeltliches Geschäft. Sei dagegen das Hauptgeschäft unentgeltlich, so sei es auch die datio in solutum. So erfreulich die Lösung Oertmanns an sich wäre, tatsächlich läßt sie sich nicht mit dem § 365 BGB. in Einklang bringen. [22]) Enneccerus [23]) will für den Fall, daß zwischen dem Schenker und Beschenkten verabredet wird, daß ein „anderer" Gegenstand geleistet werden solle, häufig darin nur eine Abänderung der Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen erblicken und dann die §§ 523, 524 BGB. zur Anwendung bringen. Gewiß wird es im praktischen Leben Fälle geben, wo der Sachverhalt ein derartiges Ergebnis rechtfertigt, aber ohne besondere Umstände, die auf eine solche Vereinbarung hinzielen, wird man das kaum annehmen können. Leonhard [24]) betrachtet vollends die Leistung an Erfüllungsstatt als ein unentgeltliches Geschäft. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Vielmehr handelt es sich bei der Annahme an Erfüllungsstatt um einen entgeltlichen Veräußerungsvertrag. [25]) „Das an Erfüllungsstatt Geleistete und die Preisgabe des Forderungsrechtes sind sich gegenseitig Entgelt." [26]) Die Aufgabe des alten Forderungsrechtes und die Hingabe des neuen Gegenstandes stehen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der Gläubiger gibt die alte Forderung auf und erhält an deren Stelle etwas anderes, der Schuldner erhält Befreiung von der ursprünglichen Schuld und gibt etwas neues dafür hin.

Stammler [27]) und Heck [28]) behaupten, daß es sich in den Fällen einer Leistung an Erfüllungsstatt demgemäß um einen gegenseitigen

---

[19]) Stampe, S. 7 ff., 73.

[20]) Endemann, I § 142, I.

[21]) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 96 ff.

[22]) Vgl. Motive Bd. II, S. 83.

[23]) Enneccerus, I, 2, § 288, I, Anm. 3.

[24]) Leonhard, I, S. 600.

[25]) Vgl. Staudinger, II, 1, Anm. I, 1 zu § 364; Enneccerus, I, 2, § 288, I; Hruza, S. 146; Römer, S. 10, 11, 63 Note 34.

[26]) Berndorff, S. 21.

[27]) Stammler, S. 229.

[28]) Heck, S. 178.

Vertrag handele.[29]) Vereinzelt ist diese Ansicht in der Literatur angegriffen worden, m. E. mit Unrecht; denn dieselben Gründe, die dafür sprechen, daß es sich hier um einen entgeltlichen Vertrag handelt, tuen dar, daß dieser Vertrag ein gegenseitiger ist.

Da Gegenstand der Betrachtung die Annahme an Erfüllungsstatt nur unter dem besonderen Gesichtspunkte sein soll, daß diese in der Übernahme einer Verbindlichkeit besteht, so ist zu prüfen, ob dieser Tatbestand gegenüber dem allgemeinen Abweichungen aufweist. Berndorff[30]) ist der Ansicht, daß der Charakter des Vertrages der Annahme an Erfüllungsstatt als Realvertrag aufzugeben sei, wenn es sich um die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit handle. Dann könne man nur von einer promissio in solutum reden. Vorausgeschickt soll werden, daß sowohl er[31]) als auch Crome[32]) gleichwohl die Regeln wie bei „effektiven Erfüllungsleistungen" gelten lassen wollen. Das charakteristische für die Realgeschäfte ist nach Enneccerus,[33]) dessen Ansicht ich für richtig halte, „daß sie, um die gewollte Wirkung hervorzurufen, erstens den darauf gerichteten Willen der Geschäftssubjekte und zweitens die Hervorbringung einer anderen bestimmten Rechtswirkung erfordern. Die endlich gewollte Rechtswirkung erscheint also als Folge des Willens und einer anderen Rechtswirkung." Die Leistung an Erfüllungsstatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit erfordert die Entstehung der neuen Obligation und den Willen der Parteien, daß durch diese neue die alte Obligation aufgehoben sein soll. Man muß deshalb zu dem Resultat kommen, daß die Leistung an Erfüllungsstatt in dem genannten Sinne ebenso, wie die übrigen Arten der datio in solutum, ein Realgeschäft ist.[34])

Zu unterscheiden von der Leistung an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer Verbindlichkeit ist das sog. pactum dationis in solutum[35]) oder pactum de in solutum dando.[36]) Dieses ist das bloße Versprechen des Schuldners, eine andere als die geschuldete Leistung bewirken zu wollen, und die Annahme dieses Versprechens durch den Gläubiger. Da hier also die Vereinbarung der neuen Leistung der Bewirkung derselben zeitlich vorausgeht, liegt rechtlich nicht Leistung an Erfüllungsstatt, sondern ein Abänderungsvertrag und dessen Erfüllung vor.[37])

---

[29]) Vgl. auch Berndorff, S. 38.

[30]) Berndorff, S. 40; ebenso Crome, System II, S. 263.

[31]) Berndorff, S. 40.

[32]) Crome, S. 263.

[33]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 502.

[34]) Vgl. auch Enneccerus I, 2, § 298, I, 2.

[35]) Vgl. Crome, II, 1, § 187, Note 13; Berndorff, S. 41.

[36]) Staudinger, II, 1, Anm. I, 1 zu § 364.

[37]) Vgl. dazu R.G. in J.W. 1902, Beil. X, S. 254.

In diesem Zusammenhange ist noch auf eine Ansicht Reichels [38]) einzugehen. Reichel behauptet, während die Leistung an Erfüllungsstatt für alle Gesamtschuldner nach § 422 BGB. wirke, wenn sie in der Hingabe eines körperlichen Gegenstandes bestände, wirke sie nur für den Leistenden, wenn sie in der Übernahme einer Verbindlichkeit bestände. Er begründet diese Auffassung damit, daß der Gläubiger durch Leistung einer Sache wirkliche Befriedigung erhalte, nicht dagegen dadurch, daß der Schuldner eine neue Verbindlichkeit eingehe, sondern dann werde er erst befriedigt, wenn die neue Verbindlichkeit erfüllt werde. Es wäre jedoch unbillig, daß die übrigen Gesamtschuldner schon durch die bloße Übernahme einer Verbindlichkeit eines von ihnen befreit würden, obwohl der Gläubiger noch gar nicht befriedigt sei. Oertmann [39]) behauptet ebenso, daß in diesem Falle die übrigen Gesamtschuldner nur befreit würden, wenn sie selbst zur Erfüllung der neuen Verbindlichkeit bereit seien. Berndorff [40]) ist zwar im Prinzip gegen diese Auffassung. Aber er meint, daß „eine mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu erfolgende Auslegung des Parteiwillens oft zu dem Ergebnis führe, daß die Tilgung der alten Schuld durch die neue Verbindlichkeit nur in der Voraussetzung der Weiterhaftung der Sicherheiten bezw. des Beitritts der übrigen Gesamtschuldner gewollt sei." Die Ansicht Reichels und Oertmanns spricht jedoch gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Das Eingehen einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt ist Leistung an Erfüllungsstatt und wirkt deswegen nach § 422 BGB. befreiend für alle Schuldner. [41])

§ 4.

Ist die Uebernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt Novation?

Geht man auf die rechtliche Natur der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt näher ein, so entdeckt man versteckte Schwierigkeiten in der Frage, ob in diesem Falle nur der Gesichtspunkt der datio in solutum oder der der Novation in Anwendung kommt, [1]) ob die datio in solutum sich mit der Novation deckt, ob sie ein Unterfall der datio in solutum in diesem Fall ist. In der modernen Rechtslehre ist diese Frage verschieden beantwortet. Zu einer Klärung der Frage ist es notwendig, auf den Novationsbegriff kurz einzugehen.

[38]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. 488 ff.

[39]) Oertmann, § 422, Ziffer I, b.

[40]) Berndorff, S. 41.

[41]) Vgl. Enneccerus I, 2, § 317, I, 2.

[1]) Vgl. Kretschmar, S. 51.

Unter Novation verſtand man im römiſchen Recht „die Aufhebung einer beſtehenden Schuld durch Begründung einer neuen abſtrakten Obligation, die an ihre Stelle tritt.“ [2]) Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur (4 L. 1. pr. D. de novat. 46, 2). Aus dieſer Definition geht deutlich die doppelte Eigentümlichkeit der Novation hervor. Juriſtiſch wird eine neue abſtrakte Forderung begründet, wirtſchaftlich iſt ſie nur eine transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem. [3]) Hervorzuheben iſt noch der Unterſchied, der in der Literatur vielfach konſtruiert wird zwiſchen der kauſalen und abſtrakten Novation. [4]) Kretſchmar [5]) nennt die kauſale auch titulierte Novation und die abſtrakte reine Novation. [6]) Eine kauſale („ſog. titulierte“) liege dann vor, wenn in der neuen Obligation auf die alte Bezug genommen und damit deren causa in die neue herübergenommen oder doch wenigſtens ihr Beſtand zur Exiſtenzvorausſetzung für die neue Obligation gemacht wird, [7]) ſodaß alſo die Erklärung über Aufhebung der alten und Begründung der neuen Schuld den Inhalt eines einzigen, mithin kauſalen Vertrages bilden. [8]) Eine abſtrakte („ſog. reine“) Novation ſei gegeben, wenn die alte Obligation durch eine neue in dem Sinne abſtrakte erſetzt werden ſoll, daß deren Inhalt in keiner Weiſe auf die alte Obligation Bezug nimmt. [9]) Die ſog. reine Novation iſt von einigen Schriftſtellern [10]) geleugnet worden. Sie ſtützen ſich darauf, daß eine Beziehung zwiſchen der alten und neuen Obligation nicht habe hergeſtellt werden können, wenn ſie nicht in der Novationsſtipulation erwähnt ſei. Für den älteren formellen Novationsbegriff, der den Charakter hatte, „daß die tilgende Wirkung der Novation nicht auf dem materiellen Geſichtspunkte beruht, daß die Parteien gewillt ſind, die alte Obligation durch die neue zu erſetzen, ſondern darauf, daß in der Novationsformel die Identität der neuen Obligation mit der alten zum Ausdruck gebracht wird“, [11]) mag dieſe Auffaſſung zutref-

---

[2]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 288, I.

[3]) Vgl. Windſcheid, II, § 353, Note 1; Enneccerus, I, 2 § 288, Note 15; Berndorff S. 44.

[4]) Vgl. Staudinger, II, 1 Einleitung C I zu § 362; Crome, Grundzüge d. r. R. S. 147.

[5]) Kretſchmar, S. 63, 64.

[6]) Vgl. auch Planck, II, 1, Anm. 3 zu § 364.

[7]) Vgl. Kretſchmar, S. 63, Note 29.

[8]) Vgl. Enneccerus I, 2, § 298 B.

[9]) Kretſchmar, S. 64; Crome, a. a. O.; Enneccerus, a. a. O.

[10]) v. Salpius, S. 276, 496 ff.; Salkowski, S. 382 ff.; v. Blume, S. 7 ff.

[11]) Vgl. Kretſchmar, S. 62.

fen. Sobald aber im römiſchen Recht dieſer rein formale Standpunkt verlaſſen und der animus novandi erforderlich wird, alſo letzten Endes der Wille der Parteien maßgebend war, mußte auch die Möglichkeit gegeben ſein, außerhalb des abſtrakten, novierenden Verſprechens, auf die alte Schuld Bezug zu nehmen, und ſomit die Möglichkeit der abſtrakten (ſog. reinen) Novation.[12])

Im modernen Pandektenrecht herrſchte die abſtrakte Novation vor.[13]) Kohler[14]) ſagt von der Novation des Pandektenrechts: „Sie war ein unverſtandener Erfüllungsvertrag, dem man mitunter ein Anweiſungsverhältnis zugeſellte oder mißverſtandene Schuldübernahme und dergleichen; ſie war ein juriſtiſcher Wechſelbalg."

Im BGB. iſt die Novation als beſonderes Rechtsinſtitut nicht aufgenommen. Aus der Vertragsfreiheit[15]) folgt, daß eine Vereinbarung, die mit der römiſchen Novation identiſch iſt, auch nach bürgerlichem Recht möglich iſt. Hier intereſſiert beſonders die Frage, ob § 364, Abſ. 2 BGB. die Novation behandelt. Dagegen ſprechen die Motive:[16]) „Für die Nichtaufnahme von Beſtimmungen über die Novation kommt in Betracht, daß dem Bedürfniſſe, welches zu der mittels Wechſels des Gläubigers oder Schuldners ſich vollziehenden Novation führte, im weſentlichen durch die Vorſchriften über die Zeſſion und die Schuldübernahme gedient wird." Immerhin ſchließen die Motive nicht ein Ergebnis aus, das etwa dahin ginge, daß ſich der Begriff der Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt, eines Rechtsinſtituts, das in § 364, Abſ. 2 BGB. zum Ausdruck gekommen iſt, mit dem Begriffe der Novation deckt. Schlechthin wird die Novation für das heutige Recht von Klein[17]), Haidlen[18]) Siber[19]) und Kohler[20]) geleugnet. Haidlen und Siber behaupten, die Leiſtung an Erfüllungsſtatt ſei als „Erſatz" für die Novation in dem § 364, Abſ. 2 übernommen. Kohler (a. a. O.) führt aus: „Eine Umwandlung in der Art, daß an Stelle des materiellen Schuldverhältniſſes ein abſtraktes treten ſoll, iſt nicht Abänderung, ſondern eine Begleichung des alten Schuldverhältniſſes durch Begründung des neuen, alſo eine Leiſtung an Erfüllungsſtatt kraft Erfüllungsvertrages". Andere halten die Novation für zuläſſig, glauben aber, daß durch den § 364, Abſ. 2 dem praktiſchen Bedürfnis genügt ſei, da

---

[12]) Siehe Kretſchmar, S. 64, Note 32.
[13]) Kretſchmar, a. a. O.
[14]) Kohler, II, 1, S. 183.
[15]) Vgl. Staudinger, II, 1, Einl. Cl. zu § 362; Dernburg, I, Anm. I, 1 zu § 119; Matthiass, I, § 96, IV; Berndorff, S. 46; Neumann, I, § 364.
[16]) Motive, II. Bd., S. 78.
[17]) Klein, Vertragliche Änderung, S. 59, 10, 15.
[18]) Haidlen, Vorbem. zu § 362.
[19]) Siber, Rechtszwang S. 60.
[20]) Kohler, II, 1, S. 182.

die Parteien das neue Schuldverhältnis an Erfüllungsstatt begründen könnten.[21]) Ähnlich sagt Eck:[22]) „Die Novation wird im Verkehr meist durch Hingabe an Erfüllungsstatt ersetzt (§ 364, Abs. 2). Nur dann liegt Novation vor, wenn die neue Verbindlichkeit, die an Stelle der alten treten soll, nicht von ihrem Inhalt abhängig, sondern abstrakt ist." Stammler[23]) meint, daß ein der Novation entsprechender Vertrag möglich sei. Er erblickt darin einen Erlaßvertrag (§ 397), verbunden mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis. Der Unterschied zwischen der Novation und der Leistung an Erfüllungsstatt liege darin, daß bei der Novation das die alte Obligation Tilgende das Dasein der neuen Obligation, bei der Leistung an Erfüllungsstatt der Umstand sei, daß der Gläubiger die neue Forderung mit Erfüllungskraft begabe."[24]) Er glaubt, daß es künftig keine Novation mehr gibt.

Oertmann[25]) spricht sich dahin aus, daß die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt sich der Novation nähere, aber dadurch von ihr verschieden sei, daß die neue Schuld jeden beliebigen Inhalt haben kann, nicht nur den alten in der neuen Form wiederholt.[26]) Er hält es jedoch für möglich, daß die Parteien im neuen Versprechen einen Schuldumwandlungsakt nach Art der alten Novation vollziehen wollen. Sie könnten das tun, indem sie zwei Akte des Erlasses und des abstrakten Schuldversprechens einer neuen Schuld in conditionale oder doch kausale Verknüpfung brächten.[27]) Dernburg[28]) vertritt den Standpunkt, daß die Novation keinesfalls als Leistung an Erfüllungsstatt zu denken sei, denn es falle schwer ins Gewicht, daß sich im Falle der Novation das Kreditverhältnis fortsetze und nicht, wie bei der Leistung an Erfüllungsstatt schlechthin getilgt werde. Der Ansicht steht entgegen, daß durch die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt zwar das alte Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht wird, daß aber das alte Kreditverhältnis in Wirklichkeit solange fortbesteht, bis die neue Verbindlichkeit erfüllt ist.[29]) Crome[30]) bestreitet, daß in dem § 364, Abs. 2 ein Fall der Novation gegeben sei. Er hält aber eine Novation für möglich, wenn bei einer Umwandlung der neue Vertrag die wirtschaftliche

---

[21]) Simeon, 1. H., S. 354; Soergel, Erl. I zu § 364; Matthiass I, § 96 IV.

[22]) Eck, Vorträge, Bd. I, S. 341.

[23]) Stammler, S. 231, 232.

[24]) Vgl. Windscheid, Pand. § 253, Note 2.

[25]) Oertmann, II, 1, Anm. 1 zu § 364.

[26]) Vgl. auch Welsch, S. 61 ff.

[27]) Vgl. Stammler, a. a. O.

[28]) Dernburg, Schuldverh. I. Abt., § 119 I, 1.

[29]) Vgl. auch Berndorff, S. 47.

[30]) Crome, System, II. Bd., S. 263.

Fortſetzung des alten ſei. Titze[31]) erblickt in der Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt eine der römiſchen novatio verwandte Erſcheinung. Weitaus am meiſten in der Literatur und in der Rechtsſprechung iſt die Anſicht vertreten, daß es ſich im Falle des § 364, Abſ. 2 um eine Novation handle, wenn die Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt eingegangen werde.[32]) M. E. iſt dieſer Anſicht, die man wohl als herrſchende bezeichnen kann, der Vorzug vor den anderen aus folgenden Gründen zu geben. Bei der Novation wird das Kreditverhältnis wirtſchaftlich fortgeſetzt.[33]) Der Einwand Dernburgs (a. a. O.), daß bei der datio in solutum das Kreditverhältnis ſchlechthin erlöſche, iſt bereits oben widerlegt. Sieht man von der ſog. titulierten (kauſalen) Novation ab, bei der infolge der Bedingtheit der neuen Schuld durch die alte die neue Forderung nicht zur Entſtehung kommt, wenn die alte nicht beſtand, ſo muß man feſtſtellen, daß die abſtrakte oder reine Novation im praktiſchen Ergebnis mit der datio in solutum zuſammenfällt, da in beiden Fällen die neue Forderung, unbeſchadet der Wirkſamkeit der alten, zur Entſtehung gelangt und nur aus dem Geſichtspunkte heraus, daß indebite geleiſtet iſt, condiciert werden kann.[34]) Da bei der datio in solutum mehr Gewicht auf die Befriedigung des Gläubigers gelegt wird und bei der Novation mehr die Beſeitigung der alten Forderung im Vordergrunde ſteht, iſt vielfach daraus geſchloſſen, daß darin ein weſentlicher Unterſchied liege. Rechtlich kommt jedoch nur die der Schuldbegründung in solutum und der novandi causa gemeinſame Aufhebungsabſicht in Betracht.[35]) Letzten Endes wäre für die Annahme einer Novation oder einer datio in solutum der Parteiwille maßgebend. Praktiſch würde es zu großen Schwierigkeiten führen, aus welchen Umſtänden und Wendungen der animus novandi oder

---

[31]) Titze, S. 50.

[32]) Komm. d. R.G.R. I, Anm. 1 zu § 364; Warneyer, I. Bd., Anm. 2 zu § 364; Landsberg, 1. H. S. 358; Neumann, 1. Bd. § 364; Leonhard, 1, S. 603; Coſack, I, S. 357; v. Tuhr, Allg. Teil II, 1. Hälfte, S. 102; Endemann, I. Bd. § 142 II; Heck, S. 180; Staudinger, II, 1, Einl. Cl. zu § 362, Anm. II, 2 zu § 364; Berndorff, S. 54; Enneccerus I, 2, § 298, A. 16; Schöninger, S. 293 R.G. in J.W. 1903, Beil. S. 96, in J.W. 1906, S. 11, Nr. 8; R.G. in Seuff. Arch. Bd. 62, 351; vgl. auch Fehr, S. 23 und die S. 22 zitierte Literatur; Achilles, § 364. Für das römiſche und gemeine Recht vgl. Savigny Obl. R. I, S. 167; Windſcheid, Pand. II, § 354; Bähr, S. 48; Römer, S. 50.

[33]) Vgl. Crome, Syſtem S. 69; Simeon, 1. H., S. 354; Dernburg § 189, I.

[34]) Vgl. Kretſchmar, S. 64; Grünhut, S. 279.

[35]) So Enneccerus, I, 2, § 298, Note 16.

der animus solvendi gefolgert werden sollte.[36]) Zu beachten ist auch, daß für die Parteien beide Wirkungen sowohl die Befriedigung als auch die Beseitigung gleichmäßig entscheidend sind. „Für den Gläubiger ist bestimmend und entscheidend die Befriedigung, die er von der neuen Forderung erhofft, für den Schuldner aber die Befreiung von der alten."[37]) Interessant und m. E. zutreffend sind auch die Ausführungen Berndorffs.[38]) Er stellt drei konkrete Funktionen der Novation fest: 1. Sicherungsfunktion, 2. Kreditfunktion und 3. Erfüllungsfunktion. Diesen entsprechen drei konkrete Novationsarten innerhalb ein und derselben abstrakten Novation. 1. Sicherungs-, 2. Kredit- und 3. Erfüllungsnovation. Mit der Erfüllungsnovation sei die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt identisch.

Das Resultat, zu dem wir kommen, ist also folgendes: Definiert man „Novation ist die vertragsmäßige Aufhebung einer bestehenden Schuld durch Begründung einer neuen an ihre Stelle tretenden, abstrakten Schuld,[39]) so ist das Eingehen einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt ein Unterfall der Novation. Es ist ferner ein konkreter Fall der Annahme an Erfüllungsstatt und wie diese Erfüllung.

§ 5.

Abgrenzung der Leistung an Erfüllungsstatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit gegenüber der datio solutionis causa.

Die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt ist wohl zu unterscheiden von der Übernahme einer Verbindlichkeit erfüllungshalber. Denn während die erstere ein liberatorisches Rechtsgeschäft ist, welches das alte Schuldverhältnis sofort zum Erlöschen bringt, wird durch die letztere nur ein Schwebezustand herbeigeführt. Das alte Schuldverhältnis bleibt vorläufig bestehen. Bei der datio solutionis causa tritt die neue Forderung konkurrierend neben die alte,[1]) sodaß zwei Forderungen bestehen.[2]) Der Gläubiger ist in der Lage, über zwei Forderungen verfügen zu können. Im

---

[36]) Vgl. auch Schöninger, S. 293.

[37]) Vgl. Heck, S. 180.

[38]) Berndorff, S. 52 ff.

[39]) Enneccerus, I, 2, § 298 A.; vgl. bes. auch Planck, II, 1, Anm. 3 zu § 364; Eck, Vorträge S. 341 und Note 1, S. 342; Crome, Inst. S. 147.

[1]) Berndorff, S. 7.

[2]) Vgl. Leonhard, 1. Bd., S. 598; Crome, System II. Bd., S. 265; Enneccerus I, 2, § 288, 3; Soergel, Erl. I zu § 364.

R. G. R. K. [3]) wird deshalb die Anſicht zu Recht vertreten, daß die Übernahme der neuen Verbindlichkeit einen Zahlungsverſuch auf Koſten des Schuldners darſtellt. Durch die neue Forderung wird für den Gläubiger ein neuer Weg geſchaffen, [4]) ſich zu befriedigen, ſodaß die beiden Forderungen zwei Wege [5]) ſind, die zu demſelben Ziele, zur Befriedigung des Gläubigers hinſtreben. Die neue Obligation dient inſofern zur Stärkung und Sicherung der alten.[6]) Manche erblicken in der Eingehung der neuen Schuld eine Betagung oder Stundung der alten. [7])

Der Gläubiger kann jedoch nicht beliebig auf die alte Forderung zurückgreifen, ſondern er muß mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verſuchen, ſich zunächſt aus der neuen zu befriedigen. [8])

Die datio solutionis causa iſt nicht Erfüllung, ſondern ein Erfüllungsverſuch. [9]) Die beiden Forderungen ſtehen in einer inneren Beziehung zueinander, da die neue nur um der alten willen begründet iſt. [10]) Dieſe Beziehung äußert ſich darin, daß die alte Schuld ipso iure erliſcht oder doch ihres Rechtsgrundes beraubt iſt, [11]) falls die neue Verbindlichkeit getilgt wird, [12]) kraft der dadurch eingetretenen materiellen Befriedigung des Gläubigers. [13]) Am Gerechteſten wird man dem Weſen der datio solutionis causa, wenn man in ihr einen Vertrag erblickt, durch den die urſprüngliche Forderung auflöſend bedingt und in der Geltendmachung bis zum Ausfall der

[3]) R.G.R.K. I. Bd., Anm. 2 zu § 364.

[4]) Vgl. Rehbein, II. Bd., Erl. III, § 362.

[5]) Siehe Leonhard, I. Bd., S. 598.

[6]) Vgl. Titze, S. 50.

[7]) So Kreß, S. 461; Leonhard, I, S. 598.

[8]) Vgl. Oertmann, II, 1, Anm. IIIa zu § 364; Staudinger, II, 1, § 364, II, 1; Soergel, Erl. I zu § 364; Crome, II, S. 265; Leonhard, S. 598; R.G.R.K. I, Anm. 2, § 364; Enneccerus I, 2, § 288, 3; Berndorff, S. 4; R.G. 107, 35; R.G. 65, 81.

[9]) R.G.R.K. I, Anm. 2, § 364; Simeon 1 H., S. 357; Warneyer, I, § 364, I; Landsberg, 1. H., S. 358; Stammler, S. 230; Kreß, S. 461; Seuff. Arch. 65, Nr. 67; Gruch. 56, 103.; R.G 31, 109.

[10]) Vgl. R.G.R.K. I. Bd., a. a. O.

[11]) Vgl. Oertmann. II, 1, Anm. 3a zu § 364; v. Tuhr, III. S. 125.

[12]) Vgl. Titze, S. 50; R.G.R.K., I. Bd., a. a. O.; Simeon, I. H., S. 357; Warneyer, I, § 364 I; Stammler, S. 230; Enneccerus, I, 2, § 288, 3.

[13]) Vgl. Oertmann, II, 1, Anm. 3a zu § 364; vgl. auch Klein, (vertragliche Aenderung, S. 20), der behauptet, die alte Forderung erlöſche zugleich mit der neuen durch Zweckerreichung; ſiehe auch Simeon, S. 357.

Bedingung beſchränkt wird. [14]) Es liegt alſo zugleich in dieſem Vertrag ein pactum de non petendo intra certum tempus, [15]) das dem Schuldner eine exceptio pacti gibt, falls der Gläubiger vor Fälligkeit der neuen Schuld auf die alte klagt. Allerdings wird man dem Gläubiger nicht zumuten dürfen, daß er zunächſt die neue Forderung ausklagt, bevor er auf die alte zurückgreifen kann. Das würde m. E. über den Rahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hinausgehen und eine Ueberbiegung der für den Gläubiger daraus entſtehenden Haftung dem Schuldner gegenüber bedeuten. [16])

Falls der Gläubiger aus der neuen Forderung Befriedigung nicht erlangt, kann er auf die urſprüngliche Forderung zurückgreifen. [17]) Im Einzelfalle kann es ſchwierig ſein, feſtzuſtellen, ob in der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit eine datio in solutum oder eine datio solutionis causa liegt. Für den Fall, daß der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers dieſem gegenüber eine neue Verbindlichkeit eingeht, gilt die Auslegungsregel des § 364, Abſ. 2 BGB., [18]) daß die Übernahme im Zweifel nicht an Erfüllungsſtatt, ſondern solutionis causa erfolgt. In dieſem Falle müßte alſo ſchon derjenige, der eine datio in solutum behauptet und ein Recht daraus ableitet, beweiſen, daß eine ſolche von den Parteien ausdrücklich vereinbart war oder ſich aus den Umſtänden ergab. Deshalb liegt z. B. in der Ausſtellung eines Wechſelakzepts von Seiten des Schuldners im Zweifel keine Erfüllung, ſondern nur ein Zahlungsverſuch, eine bedingte, von der Einlöſung des Wechſels abhängige Tilgung. [19]) Auch in der Ausſtellung eines Prolongationswechſels iſt nicht ohne weiteres eine datio in solutum zu erblicken, ſondern nur eine Stundung. [20]) Wird jedoch der alte Wechſel zurückgegeben, ſo kann das ein Anhaltspunkt dafür ſein, daß der neue Wechſel an Erfüllungsſtatt gegeben iſt. [21]) Die Auslegungsregel des § 364, Abſ. 2 kann

---

[14]) Vgl. Gierke, III, S. 154; Grünhut, S. 277 ff; Soergel, Erl. I zu § 364; Stammler, S. 230. R.G.R.K. I, Anm. 2 zu § 364.

[15]) Vgl. Grünhut, II. Bd., S. 303.

[16]) Vgl. dazu Berndorff, S. 6.

[17]) Vgl. Staudinger, II, 1, Anm. II, 1 zu § 364; O.L.G. Hamburg in O.L.G. 34, 82; R.G. in Warn. 1925, Nr. 119.

[18]) Vgl. Staudinger, II, 1, § 364; Fiſcher-Henle, S. XXXVI; Achilles, § 364, E.J.W. 07, 14.

[19]) Vgl. R.G.R.K. I, Anm. 2, § 364; Staudinger, II, 1 § 364; Rehbein, II, Erl. III, zu § 362.

[20]) Staub-Stranz, Art. 4 W.O., Anm. 27a; Achilles, § 364; R.G. R.K. I, Anm. 2, § 364; Staudinger, II, 1, Anm. II, 1 zu § 364; Loewenwarter, II, § 364; R.O.H.G. 10, 48; 20, 132; R.G. in J.Z. 1909, Sp. 697, Nr. 1.

[21]) Vgl. Loewenwarter, a. a. O.; Staudinger, a. a. O.; R.G.R.K., a. a. O. und R.G. 107, 34; Bernſtein, J.W. 1924, S. 95 ff.

dazu verleiten, ein argumentum e contrario dafür herzuleiten, daß eine Annahme an Erfüllungsstatt vorliegt, wenn ein anderer als der Schuldner eine neue Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers übernimmt. Eine derartige Auffassung läßt sich jedoch nicht rechtfertigen. Vielmehr ist in erster Linie der festzustellende Parteiwille für die Beantwortung der Frage entscheidend, ob in der Übernahme der neuen Verbindlichkeit Erfüllung oder nur eine bedingte Erfüllung liegen soll.[22])

Auf Schwierigkeiten stößt man, wenn sich kein bestimmter Parteiwille feststellen läßt und kein Anhaltspunkt da ist, von dem man auf einen solchen schließen kann. Ein beachtliches Moment spricht dafür, daß in diesem Falle die Auslegungsregel des § 364, Abs. 2 auszudehnen ist. Denn der § 364, Abs. 2 stellt einen Ausfluß des allgemeinen Prinzips dar, daß die Aufgabe von Rechten nicht zu vermuten ist. Berndorff[23]) kommt, trotz Berücksichtigung dieser Tatsache, zu einer Verneinung[24]) der Frage, ob der § 364, Abs. 2 analoge Anwendung für den Fall findet, daß ein anderer als der Schuldner die neue Verbindlichkeit übernimmt. Für ihn ist die Erwägung entscheidend, daß die Vorschrift des § 364, Abs. 2 dem richterlichen Ermessen eine Schranke setze. Die möglichste Beseitigung aller Schranken, welche die freie Betätigung der freien richterlichen Überzeugung einenge, entspreche der Tendenz des modernen Rechts. Da nichts dem Siege des materiellen Rechts so hinderlich sei, wie die Gebundenheit des Richters an starre Beweisregeln, sei also die gesetzliche Bestimmung des § 364, Abs. 2, die das freie richterliche Ermessen einenge, nicht über diesen ausdrücklich im Gesetz normierten Fall hinaus auszudehnen. Der Ansicht Berndorffs wäre zuzustimmen, falls die Vorschrift des § 364, Abs. 2 konstituierend in das freie richterliche Ermessen eingriffe. Das tut sie aber, wie Berndorff[25]) selbst zugibt, nicht. Denn sie stellt, wie bereits festgestellt, nur den Ausfluß des allgemeinen Prinzips dar, daß die Aufgabe von Rechten nicht zu vermuten ist. Der Richter wäre also insofern schon durch allgemeine Prinzipien in seinem Ermessen gebunden, wem er die Beweislast aufbürden sollte. Die Normierung dieses Prinzips ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus überflüssig. Mit Recht folgert auch Klein[26]) aus dem § 364, Abs. 2, daß der Gesetzgeber bestrebt ist, dem Gläubiger möglichst die Sicherheiten zu erhalten. Im Zweifel wird man also vermuten müssen, daß eine datio solutionis causa auch

---

[22]) Vgl. Grünhut, II. Bd., S. 299; Heck, S. 177.

[23]) Berndorff, S. 45.

[24]) Siehe auch Staudinger, II, 1, § 364; Oertmann, § 364, 3; Schollmeyer, § 364, 4, die ohne Angabe von Gründen dasselbe behaupten.

[25]) Berndorff, S. 44.

[26]) Klein, Vertragl. Änderung, S. 12.

dann vorliegt, wenn ein anderer als der Schuldner eine Verbindlichkeit zwecks Befriedigung des Gläubigers eingeht. [27])

Intereſſant iſt die Anſicht Schöningers, [28]) der behauptet, der § 364, Abſ. 2 paſſe zwar für den Wechſel, nicht aber für das gewöhnliche, abſtrakte Schuldverſprechen. Er gibt zu, daß die Begründung eines ſolchen abſtrakten Schuldverſprechens erfüllungshalber ein Rechtsgebilde ſei, das zwar der Idee nach möglich iſt; aber im praktiſchen Rechtsverkehr entſpreche es keinem Bedürfnis. Er meint, es liege kein innerer Grund vor, warum der Gläubiger nicht ein abſtraktes Forderungsrecht als ſofortigen Erſatz ſeiner bisherigen Forderung annehmen ſollte. Schöninger überſieht aber, daß der Gläubiger meiſt beſtrebt ſein wird, ſich die beſtehenden Sicherheiten, wie Pfänder und Bürgſchaften, zu erhalten.

§ 6.

Nichtigkeit und Anfechtung der neuen Verbindlichkeit, die an Erfüllungsstatt eingegangen wird.

Die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt tilgt das urſprüngliche Schuldverhältnis, wie bereits dargeſtellt, ſofort. Insbeſondere erlöſchen die beſtellten Sicherheiten, wie Pfänder, Bürgſchaften uſw. [1]) Beſtritten iſt die Frage, welche Wirkung es hat, wenn die neue Verbindlichkeit mit Mängeln behaftet iſt oder gar nicht zur Entſtehung gelangt, alſo nichtig iſt, oder wirkſam angefochten wird. Zur Klärung der Frage iſt auf die römiſchen Quellen einzugehen. Im römiſchen Recht beſtand ein Gegenſatz der Juriſtenſchulen in der Frage, ob der Schuldner ipso iure, alſo von Zivilrechtswegen, befreit wurde oder ope exceptionis, alſo von prätoriſchen Rechts wegen, wenn er aliud pro alio soluerit. Gaius [2]) ſchreibt darüber: Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur; unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est. Der wichtige Unterſchied der Lehre der Sabinianer und der der Prokulianer trat dann hervor, wenn das aliud pro alio Geleiſtete von einem Dritten mit Erfolg evinziert wurde. Denn während nach Anſicht der Sabinianer ipso iure durch das solvere des

[27]) Vgl. auch Stammler, (S. 230) der im Zweifel ebenfalls die geringere Wirkung annimmt.

[28]) Schöninger, S. 303.

[1]) Vgl. Soergel Erl. I zu § 364; Achilles, § 364; Staudinger, I 1, 1, Einl. C. 1 zu § 362; Enneccerus I, 2, § 298, A. 3; J.W. 03, Beil. 96.

[2]) Gaius, Inſt. III, 168.

aliud pro alio das Erlöſchen der urſprünglichen Forderung bewirkt wurde, wurde nach Anſicht der Prokulianer das Recht nur gehemmt. Die Folge der Auffaſſung der Sabinianer war, daß durch die Hingabe des Gegenſtandes an Erfüllungsſtatt die alte Forderung erloſch, ohne Rückſicht darauf, ob der Gläubiger ihn behalten konnte. Evinzierte ein Dritter den Gegenſtand, ſo konnte der Gläubiger nicht auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen, ſondern die Sabinianer halfen ihm mit der utilis ex empto actio.[3]) Zu einem andern Reſultat konnten die Prokulianer kommen, da ſie nur eine exceptiviſche Wirkung des aliud pro alio solvere kannten, die nur über die gerichtliche Geltendmachung des Rechts verfügte. Falls ein Dritter von dem Gläubiger die Sache evinzierte, konnte er nach ihrer Anſicht auf die alte Forderung zurückgreifen, da ihm nunmehr die exceptio doli nicht mehr mit Grund entgegengehalten werden konnte.[4]) Im ſpäteren römiſchen Recht ſetzte ſich die ipso iure Wirkung des aliud pro alio solvere immer mehr durch. So heißt es in c. 17 de solut. 8, 42, (43): Manifesti iuris est tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis tolli comparatam obligationem.[5]) Für das juſtinianiſche Recht ſtand die ipso iure Wirkung feſt:[6]) pr. I quibus modis ob. toll. III 29: Tollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Das mag der Grund geweſen ſein, daß dieſe Lehre im gemeinen Recht vorherrſchend wurde

---

[3]) Vgl. Kretſchmar, S. 52; Karlowa, Rechtsgeſch. II, S. 1382; Vgl. auch 1. 4. C. de evict. 8, 45. Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum causa pignoris mutata non est, igitur, si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit nam eius modi contractus venditionis vicem obtinet. Ebenſo 1. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7.

[4]) Vgl. Kretſchmar, a. a. O. Karlowa, a. a. O., vgl. auch 1. 46 pr. D. de sol. 46, 3. Si quis rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet priſtina obligatio; et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido, obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, misi pro solido eius fieret. Ebenſo 1. 26, § 4 D. de cond. ind. 12, 6 und in 1. 60 D. de sol. 46, 3.

[5]) anno 293, Diokletian. Vgl. dazu Steiner, datio in solutum S. 144.

[6]) Die Streitfrage in der Literatur (vgl. z. B. Karlowa, S. 1381 ff), ob im juſtinianiſchen Recht der Gläubiger ein Wahlrecht hatte zwiſchen der utilis actio empti und dem Rückgriff auf die alte Forderung, kann hier nicht eingegangen werden.
Siehe auch die Anſicht Sibers (röm. Recht, S. 273) der annimt, daß der Gläubiger die urſprüngliche Forderung behält, wenn ihm die an Erfüllungsſtatt gegebene Sache evinziert wird; ſei die Sache mit dem Gläubiger unbekannten Rechten Dritter belaſtet, dann habe er eine utilis actio ex empto.

und deswegen ihre „Reſtauration“ [7]) im Rechte des BGB. erlebt hat. Der § 365 BGB. beſtimmt: „Wird eine Sache, eine Forderung oder ein anderes Recht an Erfüllungsſtatt gegeben, ſo hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weiſe, wie ein Verkäufer, Gewähr zu leiſten.“

Mit der Faſſung: „wird ein anderes Recht“ an Erfüllungsſtatt gegeben, wäre es an ſich nicht unvereinbar, daß der Schuldner auch für den Fall, daß er eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt eingeht, wie ein Verkäufer für die Gültigkeit der neuen Forderung Gewähr zu leiſten hat. Eine derartige Auffaſſung iſt jedoch abzulehnen. Berndorff [8]) ſchließt die Anwendbarkeit des § 365 BGB. für die Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt aus folgendem Grunde aus: Die Leiſtung an Erfüllungsſtatt enthalte, wie der Kauf, eine Veräußerung, und deshalb kämen die für den Kauf geltenden Gewährleiſtungsanſprüche auch für die Leiſtung an Erfüllungsſtatt zur Anwendung. Bei dem konkreten Falle der Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Übernahme einer Verbindlichkeit handele es ſich im Gegenſatz zu den übrigen Arten derſelben nicht um eine Veräußerung, ſondern um eine Neubegründung. Deshalb könnten die für das Veräußerungsgeſchäft geltenden Vorſchriften des § 365 keine Anwendung finden. Der Begründung Berndorffs kann aus dem Grunde nicht zugeſtimmt werden, weil von mir die Meinung vertreten wird, daß die Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Übernahme einer Verbindlichkeit eine Veräußerung enthält. Denn auf der einen Seite gibt der Gläubiger ſeine alte Forderung auf, und auf der andern gibt der Schuldner ihm dafür eine neue hin. Ob dieſe ſchon beſtand oder von den Parteien zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers erſt begründet wird, iſt für die Beurteilung der Frage, ob eine Veräußerung vorliegt oder nicht, gleichgültig. Daß eine Forderung veräußert werden kann, iſt anerkanntes Rechts. Dem Reſultat Berndorffs iſt vielmehr aus einem andern Geſichtspunkte heraus zuzuſtimmen. Der Grund, daß die erörterten Zweifel im BGB. auftauchen können, liegt m. E. darin, daß dieſes, wie oben erörtert, ein Inſtitut des römiſchen Rechts (der Schule der Sabinianer) aufgenommen hat, über das die Quellen ſelbſt nicht zu einem abgeklärten Ergebnis gekommen ſind. Denn während im römiſchen Recht ebenſo wie im heutigen die Tilgungswirkung der solutio davon abhängig war, daß voll geleiſtet wurde und daß der Gläubiger die Leiſtung behalten konnte, trat bei dem aliud pro alio solvere die Liberationswirkung ohne Rückſicht darauf ein, ob der Gläubiger das aliud behalten konnte oder nicht. [9]) Wenn von den Sabinianern als Korrektiv die Regeln des Tauſches analog angewandt wurden, ſo lag der Grund, wie geſchildert, darin, daß von einem Dritten even-

[7]) Vgl. Kretſchmar, S. 58.

[8]) Berndorff, S. 96, 97.

[9]) Vgl. Kretſchmar, S. 54 und oben. Dasſelbe wird man auch für das Recht des BGB. annehmen müſſen (vgl. dazu Fehr, S. 18).

tuell die Sache evinziert werden konnte. Ein derartiges Korrektiv war aber auch dann nach römischem Recht überflüssig, wenn eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen wurde. Gelangte nämlich die neue Forderung nicht zur Entstehung, war sie nichtig, so wurde auch nicht ein aliud, sondern ein juristisches Nichts für die alte Forderung gegeben. Die ursprüngliche Forderung blieb deshalb bestehen, da für das Erlöschen derselben Voraussetzung war, daß ein aliud gegeben wurde, daß die neue Verbindlichkeit zur Entstehung gekommen war. Der Gläubiger konnte also noch aus dem alten Schuldverhältnis klagen. Der Grund, weshalb die analoge Anwendung der Tauschregeln herangezogen wurde, daß nämlich der Gläubiger nicht auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurückgreifen konnte, entfällt hier. Ebenso besteht für das Recht des BGB. kein innerer Grund, falls die Leistung an Erfüllungsstatt in der Übernahme einer Verbindlichkeit besteht, ein derartiges Korrektiv anzubringen. M. E. findet also der § 365 für diesen Fall keine Anwendung. [10])

Während Warneyer [11]) für das heutige Recht behauptet, daß auch dann Erfüllung vorliegt, wenn das an Stelle des alten eingegangene Schuldverhältnis gar nicht zur Entstehung gelangt, gilt m. E. auch für das bürgerliche Recht aus den oben angeführten Gründen der Satz, daß die alte Forderung bestehen bleibt, falls die neue nicht zur Entstehung gelangt. [12]) Die Erfüllung der neuen Verbindlichkeit richtet sich nach den für diese geltenden Grundsätzen. Im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung haftet der Schuldner dem Gläubiger nach Maßgabe der §§ 320 ff. BGB. [13])

§ 7.

Das Eingehen einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt ohne gültiges Schuldverhältnis.

Es bleibt noch zu erörtern, welche Folgen die Nichtigkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses auf die Entstehung der neuen Forderung hat. Crome [1]) schreibt für das röm. Recht: „Grundsätzlich muß die alte Schuld bestehen; denn an ihre Stelle soll die neue Verpflichtung treten. — — Das neue Versprechen ist daher ungültig,

[10]) Vgl. Crome, 2. Bd., S. 264; Leonhard I. Bd., S. 602; im Resultat ebenso Berndorff, S. 97.

[11]) Warneyer, I. Bd., § 364 I.

[12]) Vgl. Rehbein, Erl. I I I, zu § 362; Dernburg, 1. Abt., § 118 I 1; Leonhard I. Bd., S. 602; Planck, I I. Bd. 1. H. Anm. 1 zu § 364. Staudinger I I, 1 Vorbem. I I, 1 zu § 362. Enneccerus I, 2, § 298, 3.

[13]) Vgl. Heck, S. 178, siehe auch Kreß, S. 457.

[1]) Crome, Grundzüge S. 147.

wenn die alte Schuld nicht beſtand.“ [2]) Dieſe Anſicht, deren Richtigkeit für den Fall, daß die Schuldaufhebung und Schuldneubegründung den Jnhalt eines kauſalen Vertrages bilden, nicht beſtritten wird, kann bei oberflächlicher Betrachtung zu Jrrtümern führen, inſofern daraus ein Argument abgeleitet werden könnte, daß die Novation nicht mit einer konkreten Art der datio in solutum, der Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt, identiſch iſt. Dieſe Unſicherheit ließe ſich vermeiden, wenn man der oben angeführten Definition der Novation folgte und mit Enneccerus [3]) für die ſog. kauſale Novation den Ausdruck „Schuldumwandlung“ gebrauchte. Crome (a. a. O.) ſchreibt dann weiter: „Iſt die Novationsſtipulation dagegen abſtrakt, [4]) ſo würde ſie eine Art Erfüllung der alten Schuld ſein und daher, wenn dieſe nicht beſtand, nur zu einer von dem Schuldner zu beweiſenden Einrede gegen die Zahlungspflicht oder zu einer Anfechtung des neuen Verſprechens im Wege der condictio führen“. [5]) Aus der abſtrakten Natur der Stipulation wird man alſo für das römiſche Recht folgern müſſen, daß bei der Novation die neue Verbindlichkeit auch dann zur Entſtehung gelangt, wenn die alte Forderung nichtig iſt. [6]) Der Schuldner hat aber einen Anſpruch auf Wiederaufhebung durch condictio oder eine Einrede, welche die Geltendmachung der Stipulationsſchuld hemmt. [7]) Für das heutige Recht wird man ebenfalls annehmen müſſen, daß durch die Unwirkſamkeit des urſprünglichen Schuldverhältniſſes die Wirkſamkeit des neuen nicht beeinträchtigt wird. [8]) Die alte Forderung iſt im Verhältnis zu der neuen, abſtrakten, die zwecks Tilgung der alten begründet wird, nur die causa solvendi. So ſagt Schöninger: [9]) „Zwiſchen den beiden obligatoriſchen Verhältniſſen beſteht keine andere Gemeinſchaft, als diejenige des Kauſalverhältniſſes der Erfüllung.“ Daraus folgt, daß die Übernahme der neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt aus denſelben Gründen der Anfechtung, den Kondictionen, unter-

---

[2]) Ebenſo vgl. Staudinger, Einl. C. II zu § 362, der das neue Schuldverhältnis bei der „kauſalen Novation“ gemäß § 139 BGB. für nichtig hält, falls das urſprüngliche nichtig iſt.

[3]) Enneccerus I, 2, § 298.

[4]) Der Fall der datio in solutum durch Übernahme einer Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt.

[5]) Vgl. auch Staudinger, a. a. O., der bei „abſtrakter Novation“ ebenfalls die neue Verbindlichkeit gültig aber condizierbar ſein läßt, falls die alte Schuld nichtig iſt; vgl. auch Kretſchmar, S. 63 ff.

[6]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 298, I, 3; Kretſchmar, S. 64.

[7]) Vgl. l. 20 D. de S. C. Maced. 14, 6 und Schöninger, S. 283.

[8]) Vgl. Siber, Rechtszwang, S. 60; Enneccerus, I, 2, § 298 A. IV; Bähr, Anerk. S. 46, 48; Berndorff, S. 73.

[9]) Schöninger, S. 282.

liegt, wie die eigentlich geschuldete Leistung.[10]) Der Schuldner hat also bei Nichtbestehen der alten Forderung eine condictio indebiti.[11]) Geht der Schuldner eine neue Verbindlichkeit trotz Nichtbestehens der alten ein, so kann er die Erfüllung der neuen Forderung verweigern, da der Gläubiger durch die Leistung ungerechtfertigt bereichert würde und der Schuldner sie deshalb sofort herausverlangen könnte.[12]) Und zwar hat er dieses Gegenrecht auch dann, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist. (§ 821 BGB.) Im römischen Recht hatte in einem solchen Falle der Schuldner die exceptio doli generalis; denn dolo facit, qui petit quod statim redditurus est.[13]) Bestand die Übernahme der neuen Verbindlichkeit in einer Wechselverpflichtung, und hatte der Gläubiger diesen weiter gegeben, so kann der Schuldner dem neuen, gutgläubigen Erwerber gegenüber gemäß Artikel 82 W.O. die Kondictionseinrede nicht geltend machen. Sondern er muß diesem zahlen. Er kann jedoch von dem Gläubiger, dem gegenüber er die Wechselverbindlichkeit ohne Grund eingegangen ist, condizieren.[14]) Aber der Schuldner hat in dem angenommenen Falle nicht nur eine Einrede, also ein Gegenrecht gegen die Geltendmachung der abstrakten Forderung seitens des Gläubigers, sondern er kann mit der Bereicherungsklage das dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund verschaffte Forderungsrecht herausverlangen (§ 812, Abs. 2 BGB. in Verbindung mit Abs. 1).

Auf eine Eigentümlichkeit ist bei dem Spiel, der Wette und dem Ehemäklervertrag hinzuweisen, weil dort abweichend die Unwirksamkeit der causa auf das abstrakte Leistungsgeschäft hinüberwirkt, wenn dieses in der Übernahme einer Verbindlichkeit besteht.[15]) Das Gesetz (§ 656, Abs. 1, § 762, BGB.) bestimmt, daß durch Spiel usw. eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Das auf Grund des Spieles usw. Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Dem klaren Wortlaut des Gesetzes entspricht es m. E., daß eine Spielforderung unwirksam ist.[16]) Aber aus dem Ausschluß der Rückforderung ist zu schließen, daß eine sog. natürliche Verbindlichkeit bestanden hat.[17])

---

[10]) Vgl. Oertmann, § 364, Anm. 1; Schöninger, a. a. O.

[11]) Vgl. Planck, § 364, Anm. 1; Rehbein, Erl. III zu § 362; Heck, S. 179; Enneccerus, I, 2, § 289, A. IV.; Berndorff, S. 73 ff.; Schöninger, S. 282 ff.

[12]) Vgl. Heck, S. 179; Schöninger, S. 283; Berndorff, S. 74.

[13]) Vgl. Hellmann, S. 16, 17; Hruza, S. 112; Schöninger, S. 282; Berndorff, S. 74.

[14]) So auch Hellmann, S. 67.

[15]) Vgl. Oertmann, Anm. 3 zu § 762; Siber, Rechtszwang, S. 62.

[16]) Vgl. Planck, II, § 762, Anm. 3; R.G.R.K., II. Bd., Anm. 2 § 762.

[17]) R.G.R.K., a. a. O.; Oertmann, Vorbem. zu § 762; Enneccerus, I, 2. § 409, 2.

In den §§ 656, Abs. 1, Satz 2; 762, Abs. 1, Satz 2 liegt eine Erweiterung[18]) des § 814. Denn während gemäß § 814 eine Leistung nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, ist nach den §§ 656, Satz 2; 762, Satz 2 die Rückforderung in jedem Falle, also auch ausgeschlossen, wenn der Leistende geglaubt hat, er sei zur Leistung verpflichtet. Diese Vorschriften gelten auch für die Leistung an Erfüllungsstatt.[19]) Folgerichtig müßte dasselbe anzunehmen sein, falls die Leistung an Erfüllungsstatt in der Übernahme einer Verbindlichkeit besteht. Denn da das Leistungsgeschäft trotz der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses infolge seiner abstrakten Natur zur Entstehung gelangt, müßte es klagbar und nicht zurückforderbar sein.[20]) Die §§ 656, Abs. 2, 762, Abs. 2 enthalten deshalb eine Ausnahme,[21]) indem sie bestimmen, daß dieselben Vorschriften, wie über das Spiel, die Wette und den Ehemäklervertrag, auch für die auf Grund derselben zum Zwecke der Erfüllung eingegangenen Verbindlichkeiten gelten sollen. Die neue Verbindlichkeit ist also kraft positiver Gesetzesvorschrift ebenso unwirksam, wie die zugrundeliegende Spielschuld etc.[22]) Sie ist ebenso klaglos, wie die Spielschuld selbst. Leistet aber der Schuldner auf Grund der eingegangenen Verbindlichkeit, so kann er die Leistung ebensowenig zurückverlangen, wie bei dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis selbst.[23])

Unter Verbindlichkeit im Sinne der §§ 656, 762 ist sowohl ein Schuldanerkenntnis, wie ausdrücklich im Gesetz bestimmt, als auch jede andere Verbindlichkeit, z. B. eine Wechselverbindlichkeit zu verstehen.[24]) Ist über die Verbindlichkeit eine Urkunde ausgestellt, so ist diese kondizierbar, damit sie nicht an einen gutgläubigen Dritten weitergegeben und somit das Gesetz umgangen werden kann.[25]) Deshalb kann ein Wechsel, bevor er gezahlt ist, zurückge-

---

[18]) Vgl. auch Planck, II, § 762, 7a.

[19]) Vgl. Staudinger, II, 1 Anm.1 zu § 364, II, 2, Anm. III, IIb; Rehbein, II, Erl. 3 zu § 362; Enneccerus, I, 2, § 378, 3, Note 27; Oertmann, § 762, Anm. 1; Planck, § 762, 7c; Rechtspr. IV, S. 234.

[20]) Vgl. auch Siber, Rechtszwang S. 60.

[21]) Vgl. Oertmann, § 762, A. III; Berndorff, S. 79.

[22]) Vgl. Staudinger, II 1, Anm. I, 1 zu § 364; II, 2 § 762 V; Kohler, II, S. 191; Siber, Rechtszwang S. 62; Rehbein, Erl. III, zu § 362; Oertmann, § 762, Anm. 3; Planck, II, § 762, Anm. 8; R.G. 47, 52; 23, 138; 37, 416; 38, 251; Bolze, in Prax. d. R. G. Bd. XX. Nr. 526; vgl. auch Collatz, in Jherings-Jahrb. 40, 145.

[23]) Vgl. Staudinger, II, 2 § 762 V; R.G.R.K. II, § 762, Anm. 4; Planck, II, § 762, Anm. 8.

[24]) Vgl. Staudinger, II, 2, § 762, Anm. V, 2; O.L.G.E. IV, S. 236; Recht X, Nr. 1936.

[25]) Vgl. auch Oertmann, § 762, Anm. III.

fordert werden.[26]) Planck[27]) meint, daß eine freiwillige Leiſtung des Spielſchuldners, die nicht zurückgefordert werden könnte, ſchon vorliege, wenn der Gläubiger im Einverſtändnis mit dieſem den Wechſel indoſſiert und die Valuta eingezogen hat. M. E. wird jedoch dadurch die Unwirkſamkeit der Wechſelbegebung nicht geheilt. Denn ſonſt würde der Zweck der Vorſchrift der §§ 656, Abſ. 2; 762, Abſ. 2 auf einem ſolchen Umwege leicht vereitelt. Vielmehr muß zwar der Spielſchuldner an den gutgläubigen Erwerber des Wechſels zahlen, aber er kann von dem Gewinner den Gegenwert, den dieſer aus der Weitergabe des Wechſels erlangt hat, gemäß § 812 ff. BGB. herausverlangen.[28]) Indoſſiert der Gewinner den Wechsel unbefugt, ſo muß er eventuell nach § 826 BGB. Schadenerſatz leiſten.[29])

Zu bemerken iſt, daß die Verbindlichkeit, der Spiel-, Wette- oder Ehemäklervertrag zugrundeliegen, nicht nur klaglos iſt, wenn ſie an Erfüllungsſtatt, ſondern auch, wenn ſie erfüllungshalber oder zum Zwecke der Schuldumwandlung übernommen iſt.[30])

Es kann vorkommen, daß ein Spielvertrag infolge eines geſetzlichen Verbotes gemäß § 134 BGB. oder aus einem andern Grunde ſchon an ſich nichtig wäre. Einem ſolchen Spielvertrag kann nicht der § 762, Abſ. 1, Satz 2 zugute kommen. Eine auf Grund eines ſolchen Spieles erfolgte Leiſtung iſt vielmehr nach den allgemeinen Regeln kondizierbar. Denn der Ausſchluß der condictio indebiti ſoll nach § 762, Satz 2 gegeben ſein, wenn der Grund der Unwirkſamkeit der Spielſchuld nur auf § 762 beruht, nicht aber, wenn ſie ſchon aus einem andern Grunde nichtig wäre.[31]) Übernimmt daher der Spielſchuldner zum Zwecke der Erfüllung eines ſolchen an ſich ſchon nichtigen Spielvertrages eine Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt und bewirkt er auf Grund dieſer eine Leiſtung, ſo iſt dieſe gemäß § 762, Abſ. 2 in Verbindung mit Abſ. 1, Satz 2 ebenfalls nach den allgemeinen Beſtimmungen (§ 812 ff. beſonders §§ 814, 817) condizierbar.

---

[26]) Vgl. Staudinger, II, 2, § 762, Anm. III, 2b; R.G.R.K. II, § 762, Anm. 4; R.G. 51, 159.

[27]) Planck, II. Bd., § 76, Anm. 7c.

[28]) Vgl. R.G.R.K II. Bd., § 762, Anm. 4; Enneccerus, I, 2, § 409, II, 3, Note 21; R.G. 51, 360; 71, 292; 77, 280; J.W. 96, 421 59; 04, 124 31.

[29]) R.G.R.K. a. a. O.; Staudinger, II, 2, § 762, III, 2b; R.G. 56, 321.

[30]) Vgl. Endemann, I, § 187, 2; Crome, II, 1, § 188, Note 4; Matthiass, I, § 130, IB.

[31]) Vgl. Staudinger, II, 2, § 762, III 2c; Oertmann, Vorbem. 2 zu § 762 und Anm. 2 zu § 762, R.G.R.K. II. Bd., § 762, Anm. 6; Planck, II, Vorbem. IV zu § 762; Enneccerus, I, 2, § 409, III.

§ 8.

§ 817 BGB. unter besonderer Berücksichtigung des Satzes 2.

Aus den §§ 656, Abs. 2; 762, Abs. 2 folgt, daß nicht in jedem Falle die Leistung an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer Verbindlichkeit die gleiche Wirkung wie die andern Arten der datio in solutum oder die „geschuldete Leistung" hat. Der Grund liegt jedoch nicht darin, daß eine solche datio in solutum seinem Wesen nach etwa nicht den gleichen Tilgungseffekt hat, wie jene, sondern die Eigentümlichkeit dieser datio in solutum, die dem Gläubiger keine endgültige Befriedigung gewährt, erlaubt es dem Gesetzgeber, durch positive Vorschrift für diesen Tatbestand eine Sonderregelung zu treffen, um die Grundtendenz einer Bestimmung möglichst stark und lange zum Ausdruck zu bringen. Eine ähnliche[1]) Sonderregelung für die Leistung durch Eingehen einer Verbindlichkeit ist in § 817, Satz 2 BGB. getroffen. Die diesen Vorschriften zugrundeliegende Tendenz des Gesetzes ist die, daß dieses einen Zwang zur Durchführung noch unfertiger Geschäfte, die auf verwerfliche Ziele gerichtet sind, nicht dulden will.[2])

Aus dem § 817 schließt die Rechtslehre und Rechtsprechung, daß eine scharfe Trennung zwischen dem obligatorischen und dinglichen Geschäft gezogen sei, indem der Verstoß gegen die guten Sitten niemals die Wirksamkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäftes beeinflusse.[3]) Voraussetzung für die Kondictio aus § 817 ist, daß der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Vielfach wird diese Bestimmung des § 817, Satz 1 als Unterfall des § 812 betrachtet.[4]) Es trifft allerdings zu, daß in den meisten Fällen das Grundgeschäft schon nach §§ 134, 138 nichtig und somit gemäß § 812 die Leistung condizierbar ist.[5])

Aber die condictio des § 817, Satz 1 erfordert nicht, daß das kausale Rechtsgeschäft nichtig ist. Für eine Klage aus § 817 genügt es, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Oertmann[6]) führt

---

[1]) Vgl. auch Kreß, S. 131.

[2]) R.G. 73, 144; R.G.R.K. II, 2, § 817, Anm. 4.

[3]) Simeon, S. 647; Loewenwarter, Wegweiser, S. 53; Schöninger, S. 287; Enneccerus, I, 2, § 446, Ib; vgl. besonders die interessanten Ausführungen bei Kreß, S. 130 u. § 5, 2c.

[4]) Vgl. z. B. Achilles, § 817, Anm. 1.

[5]) R.G.R.K. II, 2, § 817, Anm. 6 ebenso.

[6]) Oertmann, II, 2, Erl. I zu § 817.

in diesem Sinne aus, daß man für diesen Fall ohne Hineinziehung auch des subjektiven Moments schwerlich auskommen könne. Es handele sich nicht wie im § 138 darum, daß das Geschäft, sondern daß die eine oder andere Person durch Annahme oder Leistung gegen die guten Sitten verstoßen habe, und es sei nicht gut einzusehen, wieso solcher Verstoß anders als subjektiv beurteilt werden solle.[7]) Ähnlich schreibt Heck:[8]) „Endlich ist die Gegenausnahme auch heute bei der hier vertretenen Ansicht nicht überflüssig, da es Verträge geben kann, die einen beiderseitigen, aber geheimen Sittenverstoß enthalten und deshalb nicht nach § 138 nichtig sind."[9]) Auch die Rechtsprechung hat sich für eine solche subjektive Beurteilung ausgesprochen.[10])

Die Rückforderung ist jedoch ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Dieser Bestimmung liegt der Satz zugrunde: „in pari turpitudine melior est causa possidentis". Goldmann[11]) meint, daß für den Fall, daß nur auf Seiten des Leistenden turpitudo vorliegt, es im Gesetz an einer Vorschrift mangele. Dagegen ist zu sagen, wenn das Gesetz die Rückforderung ausschließt, falls dem leistenden und annehmenden Geschäftssubjekt ein Verstoß zur Last fällt, dann ist daraus der Ausschluß der Rückforderung erst recht zu folgern, wenn wohl auf Seiten des Leistenden, nicht aber auf der des Abnehmenden ein solcher Verstoß vorliegt. Die Bestimmung des § 817, Satz 2 trägt offenbaren Strafcharakter.[12]) Die Strafe hat die stärkere Rechtfertigung, wenn nur ein einseitiger Verstoß des Leistenden vorhanden ist. M. E. hat der § 817, Satz 2 eine über die Grenzen des Satz 1 hinausgehende Geltung. Er ist auf alle Kondictionsfälle anzuwenden.[13])

Die Regel, „in pari turpitudine melior est causa possidentis", erleidet jedoch eine Ausnahme, wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand. Dazu sagt Lotmar,[14]) es wären zwei Fälle möglich: 1. die neue Verbindlichkeit falle nicht unter §§ 134, 138, sei also nicht nichtig. Das wäre jedoch schwer möglich. 2. Oder die

[7]) Gegen ihn Klingmüller, S. 132. ff.

[8]) Heck, S. 429.

[9]) Vgl. auch Crome, System II zu § 817; Achilles, § 817, Id.

[10]) Vgl. R.G. 95, 349; 95, 127; Seuff. Arch. 76, Nr. 208, S. 347, 348; 76, Nr. 160, S. 263; Gruch. Beitr. 66, 98; J.W. 04, 38; O.L.G. Düsseldorf in J.W. 21, 1368.

[11]) Goldmann-Lilienthal, II, § 817, Anm. 7.

[12]) R. G. 99, 161; 105, 270; 111, 155; Enneccerus, I, 2, § 446, Note 3.

[13]) Vgl. R.G.R.K. II, 2, § 817, Anm. 3; R.G. 99, 166; 105, 271; 111, 153; Achilles, § 817; J.W. 1923, 371; Warneyer, Rechtspr. 1920, Nr. 103.

[14]) Lotmar, Der unmoralische Vertrag.

Verbindlichkeit falle unter §§ 134, 138, dann wäre ſie nichtig und der Empfänger nicht bereichert. Die Zulaſſung der Rückforderung könne ſich hier alſo nur etwa auf den Schuldſchein beziehen, da von einer Herausgabe (Befreiung von einer Verbindlichkeit) nicht die Rede ſein könne. Die Rückforderung des Schuldſcheins würde ſich auf die Nichtigkeit gründen. Ebenſo führt Klingmüller[15]) aus: „Im letzten Grund und bei praktiſcher Bewertung der Rechtslage iſt damit nur die Feſtſtellung der Unwirkſamkeit des obligatoriſchen Verhältniſſes gemeint, eventuell die Rückforderung des hingegebenen ſchriftlichen Verpflichtungsſcheines." Aber dazu iſt das bereits oben Ausgeführte zu beachten, daß die dem Leiſtenden zur Laſt fallende ſubjektive Unſittlichkeit noch nicht die Unſittlichkeit und Nichtigkeit des Geſchäftes nach ſich zieht.[16])

Als Verbindlichkeit im Sinne des § 817, Satz 2 kommt beſonders das abſtrakte Schuldverſprechen und Schuldanerkenntnis in Frage.[17]) Eine Beſonderheit muß für die Eingehung einer Wechſelverbindlichkeit gelten. Die condictio iſt ausgeſchloſſen, wenn ein Wechſel begeben wird, den ein am unſittl. Geſchäft Unbeteiligter ausgeſtellt hat.[18]) Dasſelbe iſt der Fall, wenn der Wechſel zwar von den am unſittlichen Geſchäft Beteiligten unter den Vorausſetzungen des § 817 ausgeſtellt, aber weiter gegeben iſt. Denn würde man dem Schuldner eine condictio gewähren, ſo müßte der Erſtempfänger, der den Wechſel weitergegeben hat, den Gegenwert herausgeben. Das widerſpräche aber dem Sinne des Geſetzes, denn „in pari turpitudine melior est causa possidentis".[19]) Anders als bei den Naturalobligationen (§ 656, § 762), wo die neue Verbindlichkeit von der Unwirkſamkeit des Grundgeſchäftes mitergriffen wird, iſt hier die Kondiction des Gegenwertes alſo ausgeſchloſſen. In der Wechſelklage hat jedoch der Schuldner gegen den Erſtgläubiger alle Einreden aus dem unterliegenden Geſchäft (§ 817, 821 BGB. - Art. 82 W.O.).[20])

Das R.G. hat in Bd. 63, S. 179 ff. entſchieden, daß unter Verbindlichkeit im Sinne des § 817 nicht eine Grundſchuld oder eine Hypothek zu verſtehen ſei. Mit Rückſicht auf den engen Zuſammenhang der Hypothek mit der perſönlichen Schuld hat es ſeine Anſicht bezüglich der Hypothek in Bd. 68, 97 mit Recht aufgegeben.[21]) Bei der

---

[15]) Klingmüller, S. 137.

[16]) Vgl. beſonders Matthiass, S. 703.

[17]) Vgl. R.G.R.K. II, 2, § 817, Anm. 4; Soergel, Erl. V zu § 817; Planck, II, 2, Erl. VII zu § 817.

[18]) Soergel, Erl. V zu § 817; Planck, a. a. O.; R.G.R.K. a. a. O.; Achilles, Anm. IV zu § 817; Warneyer, Rechtspr. 1921, Nr. 44.

[19]) Vgl. auch Planck, a. a. O.; R.G.R.K. a. a. O.; O.L.G. 39, 183; J.W. 1921, 461.

[20]) Vgl. R.G.R.K. II, 2, Anm. 4 zu § 817.

[21]) Vgl. auch Planck, II, 2, Erl. 7 zu § 817.

Grundſchuld dagegen liegt ein unfertiges Rechtsgeſchäft nicht vor, denn dieſe iſt ein dingliches Recht am Grundſtück und ſteht Geld oder Geldeswert gleich. [22])

Die Kondiction der neuen Verbindlichkeit iſt jedoch ausgeſchloſſen, wenn der Leiſtende die Gegenleiſtung bereits erhalten hat und ſich weigert, dieſelbe herauszugeben. Dann ſteht dem Empfänger die exceptio doli zur Seite. [23]) Denn „wer die Folgen der Unſittlichkeit eines mit beiderſeitigen Leiſtungen verbundenen Geſchäfts zu ſeinem Vorteil geltend machen, andererſeits die Folgerungen zu ſeinem Nachteil nicht anerkennen will, begeht eine vorſätzliche, moralwidrige Handlung.“ [24])

Die Ausnahme in der Regel, daß die Verbindlichkeit kondizierbar (nicht nur einredeweiſe ſondern auch durch Anſpruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit) iſt, entfällt, wenn zur Erfüllung der neuen Verbindlichkeit geleiſtet wird. Dieſe Leiſtung kann nicht zurückgefordert werden.

§ 9.

Einzelne Fälle der Begründung einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt, insbesondere das Verhältnis des § 607, Abs. 2 zur Leistung an Erfüllungsstatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit.

Nachdem die rechtliche Natur und die Wirkungen der Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Eingehen einer Verbindlichkeit eingehend erörtert ſind, iſt noch zu prüfen, welcher Art Geſchäfte die neue Verbindlichkeit solvendi causa ſein können bezw. ſein müſſen.

Im praktiſchen Leben wird man am häufigſten dem Falle begegnen, daß die neue Verbindlichkeit eine Wechſelverbindlichkeit iſt. [1]) Die Hingabe des Wechſels muß aber eine derartige ſein, daß ſie ſich nicht als eine Vermögensverſchiebung darſtellt, indem ein ſchon beſtehendes Aktivum des Schuldners in das Vermögen des Gläubigers überführt wird. Sondern ſie muß die Neubegründung einer Verbindlichkeit ſein. Unbedenklich liegt die Übernahme einer Verbindlichkeit darin,daß der Schuldner ein Wechſelakzept ausſtellt, ferner in einem eigenen Wechſel zugunſten des Gläubigers oder eines vom Gläubiger angewieſenen Dritten als des Remittenten oder zu-

---

[22]) Vgl. R.G. 73, 144; Planck, a. a. O.; Soergel, Erl. V, § 817; Staudinger, 2d zu § 817; Warneyer, Rechtspr. 1918, Nr. 10.

[23]) Ebenſo Enneccerus, I, 2, § 466, 2b; Achilles, Anm. 3 zu § 817; R.G. 71, 434 ff.; Seuff. Arch., 72, 121.

[24]) Oertmann, § 817, Erl. III.

[1]) Vgl. Staudinger, II, 1, Anm. II, 1 zu § 364; Siber, Rechtszwang, S. 60; Grünhut, S. 296; Kreß, S. 455; Enneccerus, I, 2, § 288, 3; Berndorff, S. 57.

gunsten des Gläubigers als des Remittenten trassiert.[2]) Streitig kann der Fall sein, wenn der Schuldner Indossatar ist und dem Gläubiger den Wechsel indossiert. Denn einerseits wird dem Gläubiger ein bestehendes Forderungsrecht verschafft, andererseits begründet der Schuldner durch das Indossament ein Garantieversprechen. Die Frage ist, ob die Forderungsverschaffung oder die Begründung des Garantieversprechens für die rechtliche Beurteilung der Wechselhingabe maßgebend ist. Der Gläubiger als Indossatar erwirbt kraft Wechselrechtes die Wechselforderung originär und nicht, wie bei der Zession des BGB., durch den Vormann. Deshalb ist m. E. das Wesentliche bei dem Indossament, im Verhältnis von Indossant zu Indossatar das Garantieversprechen. Auch das Indossament ist also als ein Fall der Neubegründung einer Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner aufzufassen.[3])

Ferner kommt als Geschäft, das Erfüllungsfunktionen haben kann, besonders das abstrakte Schuldversprechen (§ 780) und das Schuldanerkenntnis (§ 781) in Frage.[4])

Staudinger[5]) meint, daß die Eingehung einer Verbindlichkeit auch in der Leistung von Diensten bestehen könnte.[6]) M. E. wird meist in der Vereinbarung, daß anstatt des geschuldeten Gegenstandes Dienste geleistet werden sollen, keine datio in solutum, sondern nur ein pactum dationis in solutum liegen. Die Leistung von Diensten wird zwar Tilgungseffekt haben können, wenn die Parteien es vereinbaren. Im Wesen der Dienstleistungen liegt es aber, daß diese Vereinbarung jenen vorausgehen muß. Die Vereinbarung selbst wird jedoch im praktischen Leben meist Liberationswirkung nicht haben. Möglich ist die Wirkung einer solchen Vereinbarung dann, wenn die Dienstleistungen Gegenstand eines abstrakten Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens sind. Der Grund, der dieser Ansicht zugrunde liegt, führt zu einer Fragestellung überhaupt, die von fundamentaler Bedeutung für das Wesen der Erfüllung durch Eingehung einer Verbindlichkeit ist. Es drängt sich die allgemeine Frage auf, muß die Verbindlichkeit, die an Erfüllungsstatt eingegangen wird, ein abstraktes Schuldverhältnis oder kann sie auch ein kausales sein. Mit anderen Worten, ist ein kausales Schuldverhältnis geeignet, Gegenstand des Vertrages der datio in solutum zu sein, oder nur ein abstraktes? Gegenstand der speziellen Untersuchung muß es sein, welche Stellung der § 607, Abs. 2 in diesem Rahmen einnimmt.

---

[2]) Vgl. Grünhut, S. 296; Berndorff, S. 58 und die dort aufgeführten Fälle.

[3]) So auch Hellmann, S. 57; Berndorff, S. 58.

[4]) Vgl. z. B. Siber, Rechtzwang, S. 60; Kreß, S. 455 ff.; Berndorff, S. 36; Schöninger, S. 291 ff.

[5]) Staudinger, II, 1, Anm. II, 1 zu § 364.

[6]) Vgl. auch Kohler, S. 191.

Der § 607, Abſ. 2 lautet:

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde ſchuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß Geld oder die Sachen als Darlehen geſchuldet werden ſollen.“

Auf die rechtliche Natur des Darlehens (§ 607, Abſ. 1) an ſich an dieſer Stelle einzugehen, würde zu weit führen. Nur das eine ſei bemerkt, daß hier der Standpunkt der herrſchenden Lehre geteilt wird, daß das Darlehen die Hingabe der Darlehnsvaluta vorausſetzt, alſo ein Realvertrag iſt.[7]) Das ſog. „Vereinbarungsdarlehen“[8]) des § 607, Abſ. 2 unterſcheidet ſich von dem Bardarlehen dadurch, daß es hier an der wirklichen Hingabe der Darlehensvaluta mangelt. Zum Verſtändnis dieſer vielumſtrittenen Vorſchrift iſt auf ſeine Entſtehungsgeſchichte kurz einzugehen. Die Motive[9]) äußern ſich dahin: „Die Vorſchrift erſcheint mindeſtens als durch die Vorſicht geboten. Durch ſie wird der Gläubiger, welcher auf Grund der bezeichneten Vereinbarung mit der Darlehnsklage auftritt, gegen den Einwand des Schuldners ſichergeſtellt, ein Darlehen, welches begriffsmäßig die Überlaſſung einer individuell beſtimmten Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum vorausſetze, habe er nicht erhalten, und ſei deshalb die auf ein unrichtiges Fundament geſtützte Klage abzuweiſen. Es iſt ohne die Vorſchrift keineswegs zweifellos, ob der Schuldner mit einem ſolchen Einwand zurückgewieſen würde. Der Fall iſt zu häufig und zu wichtig, als daß der Gefahr nicht vorgebeugt werden müßte. Die Vorſchrift ſetzt übrigens an ſich die einwandfreie Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners voraus und beſtimmt keineswegs darüber, ob und inwiefern der Schuldner mit Einwendungen aus den früheren Schuldverhältniſſen ſich zu ſchützen vermag.“

Der Zweck der Vorſchrift des § 607, Abſ. 2 liegt alſo in der Feſtſtellung, daß keine Klageänderung vorliegt, wenn der Kläger zunächſt ſubſtanziiert aus Darlehen klagt und nachher das Grundgeſchäft aufgedeckt wird,[10]) oder mit anderen Worten, daß der Schuldner nicht einwenden kann, er habe keine Darlehnsvaluta erhalten.[11]) Damit iſt aber über die rechtliche Natur dieſes Vereinbarungsdarlehens nichts geſagt. Schon bei der erſten und zweiten Kommiſſion war über die Natur des Darlehensverſprechens ex antec. causa die-

---

[7]) Siehe Schmidt, S. 233; Cosack, I. Bd., S. 502; Dernburg, I, § 234, I; Enneccerus I, 2, § 362, 2; Adler, S. 210 ff.; Seuff. Arch. 53, Nr. 29; R.G. 71, 117; Regelsberger, Dogm. J. 52, S. 410 ff.; Klemperer, S. 577.

[8]) Neumann, I, Anm. III zu § 607; Simeon, I. Bd., S. 467 J.W. 11, 151; 04, 142; R.G. 57, 322.

[9]) Motive Bd. II, S. 312 ff.

[10]) Vgl. Staudinger, II, 2, § 607, Anm. 7a; Haidlen, § 607; Kuhlenbeck, § 607, Anm. 3; Klemperer, S. 568.

[11]) Vgl. Planck, § 607, Erl. 8c; Berndorff, S. 64; Haidlen. a. a. O.

ſelbe Streitfrage wie heute. Insbeſondere war die zweite Kommiſſion der Anſicht, daß der § 607, Abſ. 2 nicht darüber entſcheide, welche Rechtsnatur das Darlehen habe.

Einige ſehen in der Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 eine fingierte Hin- und Herzahlung der Darlehensvaluta (duplex numeratio). So ſagt Kohler: Der Schuldner leiſte kraft Anweiſung des Gläubigers an ſich ſelbſt und behalte das Geleiſtete als Darlehen.[12]) Rechtlich ſei das ſo zu beurteilen, daß der Schuldner bezahlt und das Gezahlte als Darlehen zurückerhalten habe.[13]) Die Hin- und Herzahlung erfolge ohne Rechtstätigkeit dadurch, daß ſie nach außen hin in der rechtmäßigen Weiſe als geſchehen erklärt wird.[14]) Ähnlich führt Schollmeyer[15]) aus: „Es wird in einem ſolchen Falle ſo angeſehen, als hätte der Schuldner die geſchuldeten Sachen dem Gläubiger geleiſtet, ſie aber als Darlehen zurückerhalten.“

Goldmann[16]) äußert ſich dahin: „Die Hingabe iſt gewiſſermaßen durch brevi manu traditio erfolgt: Der Schuldner ſoll das Geld, das er aus dem Kaufe ſchuldet, und das er eigentlich dem Gläubiger zu zahlen verpflichtet iſt, von dieſem ſofort als Darlehen zurückerhalten; zur Vereinfachung behält er das Geld und ſchuldet es ſomit fortan als Darlehen.“[17])

Andere erblicken in der Vereinbarung einen Erlaß der Urforderung credendi causa zum Zwecke der Begründung einer Darlehensforderung. Der Vorteil, der durch die Befreiung dem Schuldner entſtehe, bilde alſo die Grundlage der realen Darlehensſchuld.[18]) Dieſe Anſichten enthalten eine rechtliche Konſtruktion der Umgehung der tatſächlichen Hingabe der Darlehensvaluta und zugleich der tatſächlichen Bewirkung der geſchuldeten Leiſtung eines ſchon beſtehenden Schuldverhältniſſes in der Form einer Fiktion. Durch den § 607, Abſ. 2 ſoll jedoch nicht poſitiv beſtimmt werden, „daß ein materielles Darlehen durch fingierte Hin- und Rückzahlung begründet werde. Es ſoll lediglich beſtimmt werden, daß die Vereinbarung, das Geld als Darlehen ſchulden zu wollen, gültig und an ſich das Fundament einer Darlehensklage abzugeben, geeignet ſei.“[19]) Die rechtliche Natur dieſer Vereinbarung wird im Geſetz nicht beſtimmt. In ihr eine Fiktion zu erblicken, liegt m. E. keine Veranlaſſung vor. Vielmehr wird man darin lediglich die „geſetzliche Manifeſtation“ des Parteiwillens im Abänderungs- bezw. Umwandlungsvertrage erblicken

[12]) Kohler, S. 182.
[13]) Kohler, S. 469.
[14]) Kohler, S. 209.
[15]) Schollmeyer, S. 88.
[16]) Goldmann - Lilienthal, S. 609.
[17]) Vgl. auch noch Matthiass, I. Bd., S. 579.
[18]) Vgl. Siber, Rechtszwang, S. 60; Welſch, S. 56.
[19]) So mit Recht Klemperer, S. 571.

müſſen.[20]) Denn rechtlich liegt in einer derartigen Fiktion, die, wie oben geſehen, in Wirklichkeit zwei verſchiedene Rechtsakte als geſchehen hinſtellt, die Erfüllung einer beſtehenden Forderung und die Neubegründung einer Darlehensforderung, und zwar nicht wie bei der Leiſtung an Erfüllungsſtatt, durch einen rechtlich einheitlichen Akt, ſondern durch zwei Akte, die nur zeitlich, aber nicht begrifflich zuſammenfallen und dadurch den äußeren Anſchein eines einheitlichen Aktes erwecken.

Manche ſuchen das Vereinbarungsdarlehen lediglich aus dem Weſen des Darlehens zu erklären. Landsberg[21]) meint, da das Darlehen der Typus aller Kreditgeſchäfte ſei, könne ein Schuldverhältnis, da, wo vertretbare Sachen geſchuldet werden, in ein Darlehen auslaufen, wenn eben die Schuld nur beſtehe. Dasſelbe unterliege alsdann von der Einigung ab den Regeln des Darlehens. Heck[22]) nennt das Darlehen des § 607, Abſ. 2 ein Stundungsdarlehen. Es liege hier eine Umwandlung von beſcheidenem Umfange vor. Denn jede Stundung ſei Kapitalüberlaſſung, jeder entgeltliche Stundungsvertrag ein entgeltlicher Darlehensvertrag. Nur aus dem Weſen des Darlehens läßt ſich m. E. die Vorſchrift des § 607, Abſ. 2 nicht erklären. Sie bildet keine Sondervorſchrift, ſondern den Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, daß Schuldverhältniſſe abgeändert und umgewandelt werden können.[23]) Die Ausführungen Landsbergs und Hecks können jedoch eine annehmbare Begründung dafür ſein, daß gerade dieſes allgemeine Prinzip eine beſondere Normierung für den Fall der Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen gefunden hat.

Nachdem oben bereits die Anſicht einer Fiktion für das Vereinbarungsdarlehen abgelehnt iſt, ſoll weiter geprüft werden, welche rechtliche Natur das Vereinbarungsdarlehen hat. Dieſe Frage iſt in der Rechtslehre verſchieden beantwortet.

Einige behaupten, die Verabredung des § 607, Abſ. 2 ſei auf eine Änderung des Rechtsgrundes gerichtet. Sie ſei alſo ſchlechthin Novation.[24]) Dagegen lehnt Khein[25]) die Annahme einer Novation ab. Er erblickt in der Vorſchrift des § 607, Abſ. 2 vielmehr einen Abänderungsvertrag in dem Sinne, daß durch die Änderung der

[20]) Vgl. Crome, 2. Bd., S. 270; Berndorff, S. 64.

[21]) Landsberg, S. 502.

[22]) Heck, S. 328.

[23]) Vgl. beſ. Klein, vertragliche Änderung, S. 11, 12, 14, 47, 64, im Gegenſatz zu der oben vertretenen Anſicht leugnet er jedoch die Möglichkeit einer Schuldumwandlung mit zerſtörender Wirkung für das Grundgeſchäft.

[24]) So Dernburg, 1. Abt., § 234, IV; v. Tuhr, II, 1, S. 102; Crome, Syſtem, II. Bd., S. 600; Schmidt, S. 234; Rehbein, II, Erl. III. zu § 362.

[25]) Klein, Vertragliche Änderung, S. 10, 15, 59.

Fortbeſtand der urſprünglichen Forderung nicht berührt, daß alſo die Forderung nicht aufgehoben wird. [26]) Coſack [27]) meint, daß die Veränderung in der Form des § 781 erfolgen müſſe und daß das Schuldanerkenntnis nicht novatoriſch wirke, ſondern daß auf den früheren Beſtand der Forderung zurückgegriffen werden könnte, falls Lücken da wären.

Matthiass [28]) und Klemperer [29]) halten 3 Auffaſſungen für möglich. Die Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 könne ſein:

1.) Eine bloße Vereinbarung über Stundung, Kündigung, Verzinſung uſw.

2.) Eine ſelbſtändige Schuldverbindlichkeit (§ 780 ff.) die akzeſſoriſch neben die alte Forderung trete oder mit novatoriſcher Kraft ausgeſtattet ſein kann.

3.) Ein materielles Darlehen durch fiktive Hin- und Herzahlung [30]) und Aufrechnung. [31])

Andere hingegen ſehen in der Beſtimmung des § 607, Abſ. 2 entweder

1.) einen Abänderungsvertrag bezüglich der Zinſen, Kündigung uſw. oder

2.) einen Umwandlungsvertrag in dem Sinne, daß durch die Vereinbarung die urſprüngliche Forderung aufgehoben und an deren Stelle die Darlehnsforderung begründet wird, oder

3.) einen Umwandlungsvertrag, der mit einem abſtrakten Anerkenntnis verbunden iſt. [32]) Schöninger [33]) iſt der Anſicht, daß der Umwandlungvertrag nach § 607, Abſ. 2 immer ein abſtrakter ſei, der der Form der §§ 780, 781 bedürfe.

Lediglich 1.) einen Umwandlungsvertrag oder 2.) einen Abänderungsvertrag ſehen in dieſer Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 Enneccerus, [34]) Oertmann [35]) und Staudinger. [36])

---

[26]) Klein, a. a. O., S. 43 (S. 8).

[27]) Coſack, I. Bd., S. 585.

[28]) Matthiass, I. Bd., S. 579.

[29]) Klemperer, S. 786 ff.

[30]) Vgl. darüber oben.

[31]) Vgl. ebenſo Berndorff, S. 63 ff.; Soergel, § 607.

[32]) R.G.R.K., II. Bd. § 607, Anm. 7; Achilles, § 607, Anm. 4; Simeon, 1. H., S. 467; Goldmann-Lilienthal, Bd. I, S. 609.

[33]) Schöninger, S. 299, 303.

[34]) Enneccerus, I, 2, § 362, 3.

[35]) Oertmann, II, 2, § 607.

[36]) Staudinger, II, 2, § 607.

Zunächſt ſoll auf die Anſicht eingegangen werden, nach der die Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 ein Umwandlungsvertrag, verbunden mit einem abſtrakten Schuldanerkenntnis, ſein ſoll. Im praktiſchen Leben wird folgender Fall die Veranlaſſung zu dieſer Auffaſſung geben. A. ſtellt dem B., dem er Mk. 500,— aus Kauf ſchuldet, folgenden Schuldſchein aus:

„Ich erkenne an, dem B. Mk. 500,— aus Darlehen zu ſchulden."

Ein ſolcher Schuldſchein kann eine dreifache Bedeutung haben. 1.) kann er lediglich eine Beweisurkunde (deklaratoriſche Urkunde) darüber ſein, daß eine Umwandlung der Kaufgeldſchuld in eine Darlehensſchuld zwiſchen A. und B. ſtattgefunden hat. Er kann 2.) ein abſtraktes Schuldanerkenntnis enthalten (konſtitutive Urkunde). Der Ausdruck „aus Darlehen" kann in dieſem Falle entweder eine bloße Bezugnahme auf eine erfolgte Umwandlung enthalten oder zugleich einen Vertrag, der auf Umwandlung der anerkannten Schuld in eine Darlehnsſchuld abzielt. Nur dieſe beiden letzten Fälle könnten eine Stütze der oben angeführten Anſicht ſein. In Wirklichkeit liegen hier aber zwei Verträge vor, die nur durch das äußere Zuſammentreffen in einer Schuldurkunde den Anſchein eines einheitlichen Vertrages erwecken. [37])

Zu weit geht aber Bähr, [38]) wenn er behauptet: „der Darlehnsſchein iſt in dieſen Fällen nichts anderes als eine stipulatio indebiti, ein abſtraktes Schuldverſprechen, welches von dem einfachſten analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeſchäfts nur den Namen erborgt. In ein wirkliches Darlehen kann eine beſtehende Schuld ſo wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher das Leben ſich mit dem Worte Darlehen behelfen, die Wiſſenſchaft ſollte ſich nicht mit dem Begriff „Darlehen" täuſchen." Dieſe Anſicht Bährs iſt zu ſehr beeinflußt vom Geiſte des römiſchen Rechtes. Für das Recht des BGB. muß man aus der Vertragsfreiheit des Obligationenrechts unzweifelhaft ſchließen, daß eine beſtehende Schuld in eine andere, alſo auch in ein Darlehen, verwandelt werden kann. Der Meinung derer, die in einem ſolchen Umwandlungsvertrage eine Novation erblicken, kann jedoch nicht zugeſtimmt werden. Sie beruht vielfach auf der unrichtigen Anſicht, daß im römiſchen Recht die Umwandlung einer Schuld in ein Darlehen eine Novation war. Die Wirkung eines derartigen Vertrages wurde aber ſo konſtruiert, daß die Schuld als durch Zahlung getilgt und die Summe als Darlehen wieder hingegeben betrachtet wurde. [39]) Es war alſo die Konſtruktion eines materiellen Darlehens durch die Fiktion einer Hin- und Herzahlung der Schuld-

---

[37]) Ähnlich Staudinger, II, 2, § 607, III c; Planck, zu § 607, ſiehe auch Enneccerus, I, 2, § 362 III.

[38]) Bähr, S. 279.

[39]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362, 3; ſiehe auch Schöninger, S. 291.

ſumme.[40]) Zur Novation bedurfte es im römiſchen Rechte der Stipulation (bezw. Literatskontrakts).[41]) Da unter Novation alſo nur die vertragliche Aufhebung einer beſtehenden Schuld durch Begründung einer neuen abſtrakten, die an ihre Stelle tritt, zu verſtehen iſt, liegt in der Abänderung der Schuld in ein Darlehen keine Novation.[42]) So ſchreibt auch Siber:[43]) „§ 607, Abſ. 2 entſpricht zwar wirtſchaftlich aber nicht juriſtiſch der Novation, weil hier die neue Verbindlichkeit nicht abſtrakt, ſondern eine ſolche aus Darlehen iſt."

Der Vertrag aus § 607, Abſ. 2 kann vielmehr ein Umwandlungsvertrag in dem Sinne ſein, daß durch die Begründung der Darlehensſchuld die alte Forderung aufgehoben wird.[44])

Beſtritten iſt die Möglichkeit, daß in der Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 ein „Abänderungsvertrag" liegen kann, derart, daß unbeſchadet ſeiner Identität das alte Schuldverhältnis in ein Darlehen abgeändert wird. So führt Planck[45]) aus: „Es iſt nicht denkbar, daß zwei Anſprüche, aus Kauf und aus Darlehen, auf dieſelbe Geldleiſtung miteinander konkurrieren, weil die Kaufpreisſchuld eine Kaufſachenforderung, die Darlehensforderung einen ſchon empfangenen Wert als Äquivalent vorausſetzt, und weil die nur einmal zu bewirkende Leiſtung nicht ſowohl für eine Kaufſachenforderung wie für eine Darlehensvaluta als Äquivalent dienen kann. Aus denſelben Gründen iſt es nicht denkbar, daß die Kaufpreisforderung anſtatt der Kaufſachforderung ein anderes Äquivalent erhält. Sie kann daher zwar Kaufpreisforderung bleiben und nur in einzelnen Beziehungen nach den Grundſätzen einer Darlehensſchuld beurteilt werden, ſodaß auch Bürgen und Pfänder forthaften. Aber ſie kann nicht durch bloße Inhaltsänderung zu einer Darlehensſchuld werden. Nimmt man deshalb an, daß eine Vereinbarung nach § 607, Abſ. 2 eine wirkliche Darlehensſchuld begründet, ſo iſt das nur aus einer Aufhebung der Kaufpreisſchuld unter gleichzeitigem Abſchluß eines Darlehensvertrages, alſo eines Vertrages mit neuem Rechtsgrunde zu erklären." Plancks Begründung kann nicht als durchſchlagend betrachtet werden. Denn ſeine Auffaſſung beruht darauf, daß er nicht ſcharf genug den Vertrag, durch den ein Schuldverhältnis begründet wird, von dem Schuldverhältnis ſelbſt trennt. Denn durch die Abänderung ſoll das Schuldverhältnis als ſolches, nicht aber der

---

[40]) Vgl. auch dazu oben.

[41]) Vgl. Crome, Grundzüge, S. 196; Staudinger, Einl. C I zu § 362.

[42]) Vgl. auch Oertmann, II, 2, Erl. II, § 607.

[43]) Siber, Rechtszwang S. 60.

[44]) Enneccerus, a. a. O.; Staudinger, II, 2, Anm. VII, zu § 607; Planck II, 1, Erl. VIII zu § 607; Oertmann II, 2, a. a. O.; Crome, Syſtem, S. 600; R. G. R. K., II. Bd., Anm. 7 zu § 607; Soergel, Erl. IX zu § 607.

[45]) Plank, II, 1, Erl. II zu § 305.

diesem zugrundeliegende Vertrag abgeändert werden. Das obligatorische Verhältnis stellt sich als Folgeerscheinung eines Vertrages dar. Dadurch, daß im BGB. die Wirkungen eines Vertrages bei jedem einzelnen Vertragstypus besonders geregelt sind, wird der Auffassung Raum gegeben, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen den einzelnen Schuldverhältnissen bestehe, daß es also z. B. ein Schuldverhältnis des Kaufes, der Miete, des Darlehens usw. gebe. In Wirklichkeit gibt es zwischen diesen einzelnen Schuldverhältnissen keinen inneren Unterschied. Nur ihr Inhalt ist verschieden, je nachdem, auf welchem Vertragstypus sie beruhen. Wenn deshalb der Inhalt eines Schuldverhältnisses, z. B. des aus einem Kaufe, so verändert wird, daß sein Inhalt mit dem eines anderen, z. B. dem aus einem Darlehen, identisch ist, so ist nicht einzusehen, weshalb das Schuldverhältnis als solches dadurch aufgehoben werden müsse. Für das bürgerliche Recht wird diese Ansicht dadurch unterstützt, daß ein Schuldverhältnis, ohne seine Identität zu verlieren, durch Zession oder Schuldübernahme auf einen neuen Gläubiger oder Schuldner übertragen werden kann. Es ist demnach folgendes Ergebnis festzustellen: Ein Schuldverhältnis kann unbeschadet seiner Identität abgeändert werden [46]) (Schuldabänderungsvertrag"), und in der Vereinbarung des § 607, Abs. 2 kann ein derartiger Abänderungsvertrag liegen. [47])

Nicht richtig ist es, wenn einem solchem Abänderungsvertrag nur eine formelle, prozessuale Bedeutung beigemessen wird. Das scheint Oertmann [48]) zu tun, indem er sagt: „Der Gläubiger muß den Bestand des früheren Schuldverhältnisses nötigenfalls beweisen, wobei er sich auf den Abänderungsvertrag lediglich im Sinne eines Beweismittels (außergerichtlichen Geständnisses) berufen kann." Zwar ist für das Zustandekommen der Darlehnsforderung die alte Schuld Voraussetzung (darüber unten) und ist demgemäß vom Gläubiger zu beweisen. Und zu diesem Beweise wird das in dem Abänderungsvertrage liegende außergerichtliche Geständnis ausreichen. [49]) (Insofern schafft dieser also die Umkehrung der Beweislast). Aber der Abänderungsvertrag hat außerdem eine materielle Wirkung. [50])

Voraussetzung für eine Vereinbarung aus § 607, Abs. 2 ist, daß ein Schuldverhältnis besteht, das umgewandelt werden soll, sei

---

[46]) Vgl. v. Tuhr I I, 1, S. 96; Schmidt, S. 178;

[47]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 265 und § 362, 3; Klein, vertragliche Änderung, S. 43/44; v. Tuhr I I, S. 96; Martin, Verwandlung bestehender Schulden, vgl. auch R.G. Warneyer 1919, Nr. 12; R.G. J.W. 1918, S. 302; Landsberg, 1. H., S. 503; Heck, S. 328.

[48]) Oertmann, I I, 2, Erl. 2 b zu § 607.

[49]) Vgl. auch R.G. 56, S. 237; R.G. Gruchot, 49, S. 912; 51, S. 941; R.G. Warneyer, Rechtsprechung, 1913, Nr. 90.

[50]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362, 3; Goldmann-Lilienthal, S. 609, Note 9.

es, daß die Vereinbarung ein „Umwandlungsvertrag“,[51]) ſei es, daß ſie ein „Abänderungsvertrag“[52]) iſt. Das folgt aus dem Weſen des Darlehens als Realvertrag. Denn da bei der Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 die reale Hingabe der Darlehensvalute durch die Übereinkunft der Parteien erſetzt wird,[53]) ſo ſetzt dieſe den Beſtand der alten Schuld ebenſo voraus, wie die gewöhnliche Darlehensbegründung die Hingabe der Valuta.[54])

Klemperer[55]) iſt der Anſicht, daß jedoch die Einrede, die urſprüngliche Schuld ſei eine ſolche aus Spiel, ausgeſchloſſen ſei. Dagegen ſpricht aber der Wortlaut des Geſetzes (§ 762, Abſ. 2, auch § 656, Abſ. 2), das verhüten will, daß durch die Parteivereinbarung eine klagloſe Schuld zu einer klagbaren gemacht werden kann.[56]) Das Vereinbarungsdarlehen iſt ebenſo unwirkſam wie die zugrundeliegende Naturalobligation.[57])

Verſchieden ſind die Wirkungen, die das Vereinbarungsdarlehen in Bezug auf die alte Schuld erzeugt, je nachdem, ob in dieſem ein Schuldabänderungs- oder ein Schuldumwandlungsvertrag liegt.

Liegt nur ein Abänderungsvertrag vor, ſo haften die beſtellten Bürgen und Pfänder fort.[58]) Es iſt aber zu beachten, daß durch die Vereinbarung die Verpflichtung des Bürgen (z. B. durch Zinsverſprechen) oder die Haftung des Pfandes, falls der perſönliche Schuldner nicht Eigentümer desſelben iſt, nicht erweitert wird (§ 767, Abſ. 1, Satz 3; § 1210, Abſ. 1. Satz 2).[59])

---

[51]) R.G.R.K., II. Bd., Anm. 7 zu § 607; Schollmeyer, S. 87 ff.; Planck, II, 1, Erl. VIII a, b zu § 607, J.W. 1919, 313; Warn. Rechtspr. 1911, Nr. 32; 1914, Nr. 79; 1919 Nr. 115; Warneyer, I. Bd., Anm. 2 zu § 364.

[52]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362, III b; Achilles, Anm. 4 a zu § 607; R.G. 62, 51; 76, 60; R.G. Gruchot, 51, 941.

[53]) Vgl. Planck, II, 1, Erl. VIII a zu § 607; Weyl, Vorträge, S. 446.

[54]) Vgl. Oertmann, II, 2, Erl. II b zu § 607; Siber, Rechtszwang S. 60; Dernburg, 1. Abt., § 234, 4; O.L.G. München, Seuff. Arch. 67, Nr. 75.

[55]) Klemperer, S. 578; vgl. auch v. Salpius, Novation und Delegation, S. 503.

[56]) Vgl. Rehbein, II, Erl. III zu § 362.

[57]) Vgl. R.G.R.K., II. Bd., Anm. 4 zu § 762; Enneccerus, I, 2, § 409, II, 3; Planck, II. Bd., Anm. 8 a zu § 762; R.G. in J.W. 1902, S. 369; vgl. auch Siber, Rechtszwang, S. 60.

[58]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362, III a; Oertmann II, 2, Erl. 2 b zu § 607; Staudinger, II, 2, Anm. VII c zu § 607.

[59]) Vgl. R.G. 62, 51.

Ist jedoch die Vereinbarung ein Schuldumwandlungsvertrag, so werden Bürgen und Pfänder frei.[60]) Streit herrscht darüber, wann ein Abänderungsvertrag und wann ein Umwandlungsvertrag vorliegt. Da die Entscheidung darüber eine Sache der Auslegung[61]) ist, ist in erster Linie der Wille der Parteien dafür entscheidend, ob ein Abänderungs- oder Umwandlungsvertrag in der Vereinbarung liegt.[62]) Und zwar ist der Wille der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB. unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu erforschen.[63]) Läßt sich jedoch ein bestimmter Wille der Parteien nicht feststellen und ergibt sich auch nichts aus den näheren Umständen, so halten einige[64]) für den Regelfall, daß das alte Schuldverhältnis erlischt, daß also ein Schuldumwandlungsvertrag vereinbart sein soll. Die Auffassung ist m.E. nicht zutreffend. Maßgebend ist auch hier der Grundsatz, daß die Vermutung besteht, daß in der Regel die Sicherheiten und Akzessorien nicht aufgegeben werden sollen. Besonders wird dieses der Wille des Gläubigers sein, da er ohne Not keine Sicherheiten aufgeben wird. Deshalb ist im Zweifel die schwächere Wirkung, also ein bloßer Abänderungsvertrag als von den Parteien gewollt, anzunehmen.[65]) Wollen die Parteien den Bestand der neuen Forderung von der alten Schuld unabhängig machen, so liegt keine Vereinbarung nach § 607, Abs. 2 vor, sondern es handelt sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis.[66])

Das Resultat der Betrachtung über den § 607, Abs. 2 ist also kurz folgendes: Die Vereinbarung des § 607, Abs. 2 bedarf weder der Form der §§ 780, 781 BGB. noch ist sie ein abstrakter Vertrag. Sie ist keine Novation. Vielmehr ist das Vereinbarungsdarlehen entweder ein „Schuldabänderungsvertrag", der eine bloße Inhaltsänderung unbeschadet der Identität des Schuldverhältnisses enthält, oder ein „Schuldumwandlungsvertrag", der die alte Schuld zum Erlöschen bringt und an deren Stelle die neue treten läßt.

---

[60]) Vgl. R.G.R.K., II. Bd., Anm. 7 b zu § 607; Enneccerus, I, 2, § 362 III.

[61]) Vgl. Kuhlenbeck, Anm. 3 zu § 607; Planck, II, 1, Erl. 8 d zu § 607.

[62]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362 III.

[63]) Achilles, Anm. 4 e zu § 607; R.G. 119, 21; 113, 205; Warn. Rechtspr. 1910/11, Nr. 73.

[64]) Vgl. Oertmann, II, 2, Erl. II b zu § 607; R.G.R.K., II, Anm. 7 b zu § 607; Soergel, Erl. 9 zu § 607;

[65]) Vgl. Staudinger, II, 2, Anm. 7 c zu § 607; Enneccerus, a. a. O.; Goldmann-Lilienthal, I, S. 609; Achilles a. a. O.; v. Gierke, III, S. 580, Note 63; Klein, a. a. O. S. 11 ff. Berndorff, S. 64; O. L. G. 24, 366; Seuff. Arch. 67, S. 134.

[66]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 362, III c; Oertmann, II, 2, Erl. 2b zu § 607; vgl. ferner O.L.G. 76, 133; Recht 1907, Nr. 1811; R.G., J.W. 1906, S. 515.

Nachdem die rechtliche Natur des Vereinbarungsdarlehens feſtgeſtellt iſt, bleibt noch die Unterſuchung übrig, ob die Verbindlichkeit, die an Erfüllungſtatt eingegangen wird, eine ſolche aus Darlehen ſein kann und ob die Anſicht, daß die neue Verbindlichkeit eine kauſale ſein kann, ſomit eine Stütze in § 607, Abſ. 2 findet. Dieſe Anſicht ſcheint Berndorff [67]) zu vertreten, wenn er ſchreibt: „Da gemäß § 364, Abſ. 2 eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsſtatt oder erfüllungshalber begründet werden kann, und auch, abgeſehen von der Erfüllungsabſicht, eine bloße Umſchaffung nach den Regeln der Vertragsfreiheit ganz allgemein zuläſſig iſt, ſo iſt zunächſt nicht abzuſehen, warum die neue Verbindlichkeit, die erfüllungshalber, an Erfüllungsſtatt oder zur Umſchaffung der alten Verbindlichkeit begründet wird, nicht eine Darlehensverbindlichkeit ſein könnte. Denn nirgends iſt ausgeſprochen, daß die neue Verbindlichkeit eine abſtrakte ſein müßte. [68]) Schöninger [69]) hingegen leitet gerade aus der Beſtimmung des § 607, Abſ. 2 ein Argument dafür ab, daß das neue Schuldverhältnis ein abſtraktes ſein muß, da er fälſchlicherweiſe die Umwandlung in ein Darlehen für die Umwandlung in ein abſtraktes Schuldverſprechen hält.

Wenn man auf eine nähere Würdigung der hier zur Frage ſtehenden Kontroverſe eingeht, ſo iſt der Fall auszuſcheiden, wo in der Vereinbarung des § 607, Abſ. 2 ein Abänderungsvertrag liegt, da lediglich der Inhalt abgeändert wird und das Schuldverhältnis fortbeſteht. Nur der Fall, wo es ſich um einen Umwandlungsvertrag bei § 607, Abſ. 2 handelt, kann mit der Leiſtung an Erfüllungsſtatt durch Eingehung einer Verbindlichkeit zum Vergleich geſtellt werden. Vorweg iſt zu bemerken, daß ein ſolcher Umwandlungsvertrag wegen ſeines Umſchaffungscharakters niemals eine datio solutionis causa ſein kann. [70]) Ein weſentlicher Unterſchied iſt zwiſchen dem Schuldumwandlungsvertrag und der Eingehung einer abſtrakten Schuld an Erfüllungsſtatt feſtzuſtellen. Während bei dem erſteren die neue Forderung nicht zur Entſtehung gelangt, falls die alte nichtig iſt, iſt bei der zweiten der Beſtand der neuen Forderung von der Wirkſamkeit der alten unabhängig. Infolge der abſtrakten Natur der neuen Verbindlichkeit kann allein durch ihre Begründung eine beſtehende Schuld aufgehoben werden, falls der Gläubiger zuſtimmt. Die Begründung eines kauſalen Vertrages an ſich iſt jedoch nicht dazu geeignet. Vielmehr bilden die Vereinbarungen, daß die alte Schuld aufgehoben und die neue begründet werden ſoll, den Inhalt

---

[67]) Berndorff, S. 63.

[68]) Vgl. auch Heck, S. 179.

[69]) Schöninger, S. 291 und beſonders S. 297 ff.

[70]) Vgl. Warneyer, Anm. 2 zu § 364; R.G.R.K., I I. Bd. zu § 607; J.W. 06, S. 11, 09, 460; Seuff. Arch. 64, Nr. 190.

eines kaufalen Vertrages.[71]) (Schuldumwandlungsvertrages!). Aus der Tatfache allein, daß durch den Umwandlungsvertrag das alte Schuldverhältnis zum Erlöfchen gebracht wird, kann nicht gefchloffen werden, daß eine Leiftung an Erfüllungsftatt vorliegt.[72]) Der § 607, Abf. 2 kann alfo kein Argument dafür abgeben, daß die Verbindlichkeit, die an Erfüllungsftatt eingegangen wird, ein kaufales Gefchäft fein kann. M. E. ift daher nur ein abftraktes Gefchäft geeignet, Gegenftand der Leiftung an Erfüllungsftatt zu fein.[73])

[71]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 298 A.

[72]) Ebenfowenig wie Klemperer, (S. 578) fpeziell in dem Vereinbarungsdarlehen eine vertragsmäßige Aufrechnung erblickt, durch die „conventio, ut credita pecunia fiat".

[73]) Vgl. Planck, I I, 1, Anm. 1 zu § 364; Enneccerus, I, 2, § 288, 3 in Verbindung mit § 298, anfcheinend auch Kohler I I, 1, S. 182 und Rehbein, I I, Erl. 3 zu § 362, im Refultat ebenfo Schöninger, S. 291; Siber, Rechtszwang, S. 60.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles Greiff:
Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin und Leipzig 1930.

Adler:
Realkontrakt und Vorvertrag in Jherings-Jahrb., Bd. 31, S. 190 ff.

Bähr:
Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Kassel und Göttingen, 1867.

Ballauf:
Rechtscharakter der Erfüllung, Diss. Heidelberg, 1915.

Berndorff:
Die Annahme an Erfüllungsstatt, Diss. Berlin 1904.

Bernstein:
In J.W. 1924, S. 95 ff.

v. Blume:
Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1898.

Boehmer:
Der Erfüllungswille (Fischers Abhandlung), Bd. XX, H. 1, München 1910.

Collatz:
In Jherings-Jahrb., Bd. 40, 145.

Cosack:
Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Jena 1899 und 1922.

Crome:
Grundzüge des römischen Privatrechts, Bonn 1920.

Crome:
System des deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg:
Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Halle 1899 und 1906.

Du Chesne:
Das Verfahrensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (in Gruchots Beiträgen, Bd. 67, S. 156).

Eck:
Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1903.

Endemann:
Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Bd., Berlin 1899.

Enneccerus:
Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 2. Abt., Marburg 1927.

Enneccerus:
Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889.

Entscheidungen
des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Falkmann-Mugdan:
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Fehr:
Über Hingabe an Erfüllungsstatt, Diss. Leipzig 1902.

Fischer-Henle:
Bürgerliches Gesetzbuch, München 1923.

Fromm:
Die Frage nach der Vertragsnatur der Erfüllung, Diss. Jena 1912.

v. Gierke:
Deutsches Privatrecht, III. Bd., München und Leipzig 1917.

Goldmann-Lilienthal:
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1903.

Grünhut:
Wechselrecht, II. Bd., Leipzig 1897.

Gruchots:
Beiträge zur Erläuterung d. deutschen Rechts.

Haidlen:
Bürgerliches Gesetzbuch, I. Bd., Stuttgart 1897.

Hamburger:
Die rechtliche Natur der Erfüllung bei Schuldverhältnissen auf positive Leistung, Diss. Breslau 1914.

Heck:
Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1921.

Hellmann:
Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, München 1874.

Hruza:
Zur Lehre von der Novation, Erlangen 1881.

Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

Jhrke: Iſt die Erfüllung Rechtsgeſchäft? Diſſ. Roſtock 1903.

Juriſtiſche Wochenſchrift.

Karlowa: Römiſche Rechtsgeſchichte, II. Bd., Leipzig 1901.

Klein: Die Natur der causa solvendi, Diſſ. Bonn 1903.

Klein: Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältniſſes, Wien 1907.

Klemperer: Zu § 607, Abſ. 2, BGB. (in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 567 ff.).

Klingmüller: Das Schuldverſprechen und Schuldanerkenntnis, Jena 1903.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Teil, Berlin 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, I. Bd., Berlin, Leipzig 1928.
II. Bd., Berlin, Leipzig 1928/29.

Kreſs: Lehrbuch des allgem. Schuldrechts, München 1929.

Kretſchmar: Die Erfüllung, Leipzig 1906.

Kuhlenbeck: Das BGB. nebſt Einführungsgeſetzen, Berlin 1899-1901.

Kuntze: Die Obligationen im römiſchen und heutigen Recht, Leipzig 1886.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Geſetzbuchs, 1. Hälfte, Berlin 1904.

Lenel: Parteiabſicht und Rechtserfolg (in Jherings-Jahrbüchern, 19. Bd.), Jena 1881.

Lent:
Die Anweisung als Vollmacht im Konkurse, Leipzig 1907.

Leonhard:
Allgemeines Schuldrecht des BGB., I. Bd., München und Leipzig 1929.

Loewenwarter:
Lehrbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Berlin 1924.

Loewenwarter:
Wegweiser durch das BGB., Berlin 1927.

Lotmar:
Der unmoralische Vertrag 1896.

Madsack:
Die Annahme als Erfüllung, Diss. Göttingen 1911.

Magraf:
Der Begriff der Erfüllung nach deutschem, bürgerlichen Recht. Diss. Bonn 1911.

Manigk:
Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach BGB., Berlin 1907.

Martin:
Verwandlung bestehender Schulden in Darlehensschulden, Diss. Marburg 1903.

Matthiass:
Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Berlin 1900.

Motive
zum Entwurf eines BGB., Bd. II.

Neumann:
Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Bd., Berlin 1905.

Oertmann:
Entgeltliche Geschäfte, München 1912.

Oertmann:
Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, 1. Abt., Berlin 1928.
2. Buch, 2. Abt., Berlin 1906, 1929.

Planck:
Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 1. Hälfte, Berlin 1914.
2. Bd., 2. Hälfte, Berlin 1907 und Berlin und Leipzig 1928.

Pfersche:
Die Bereicherungsklagen, Wien.

Das Recht: herausgegeben v. Soergel.

Regelsberger: in Dogm. Jahrb., Bd. 52, S. 410.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd., Berlin 1903.

Reichel: Schuldmitübernahme, München 1909.

Römer: Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung der Beweislast (Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 23, S. 1 ff.) 1878.

Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem Römischen und gemeinen Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher, Tübingen 1866.

Römer: Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht, Tübingen 1863.

Roscher: Zur Lehre von der Erfüllung, Diss. Jena 1910.

Salkowski: Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, Leipzig 1866.

v. Salpius: Novation und Delegation, 1864.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 1840.

v. Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851.

Schmidt: Bürgerliches Recht, Stuttgart 1927.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1904.

Schöninger: Die Leistungsgeschäfte d. bürgerlichen Rechts, Tübingen 1906.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

Siber:
Römiſches Recht in Grundzügen, II. Bd, Römiſches Privatrecht, Berlin 1928.

Simeon:
Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, 1. Hälfte, Berlin 1928.

Soergel:
Bürgerliches Geſetzbuch, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1926.

Sohm:
Inſtitutionen, München und Leipzig 1917.

Stammler:
Das Recht der Schuldverhältniſſe, Berlin 1897.

Stampe:
Kaufalproblem 1904.

Staub-Stranz:
Komm. z. Wechſelordnung, Berlin 1926.

Staudinger:
Komm. z. Bürgerlichen Geſetzbuch, 2. Bd., 1. Teil, München, Berlin, Leipzig 1930 u. 1912. II. Bd., 2. Teil, München, Berlin, Leipzig 1928.

Struckmann:
Beiträge zur Lehre von der Zahlung in Jherings Jahrb., Bd. 15, S. 251 ff.

Titze:
Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältniſſe, Berlin, 1929.

v. Tuhr:
Der allgemeine Teil des deutſchen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
II. Bd., 2. Hälfte, München u. Leipzig 1928.

Warneyer:
Komm. z. Bürgerlichen Geſetzbuch f. d. deutſche Reich, 1. Bd., Tübingen 1923.

Warneyer:
Jahrb. d. Entſch. (Ergänzungsband).

Welſch:
Die Novation unter beſ. Berückſichtigung des modernen deutſchen Zivilrechts, Diſſ. Erlangen 1907.

Weyl:
Vorträge über das Bürgerliche Geſetzbuch, I. Bd., München 1898.

Windſcheid:
Lehrb. d. Pandektenrechts 1887.